

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN

---

LE

# DAMNUM INFECTUM

Rapproché des Principes de la Loi AQUILIA

ET DES ACTIONS NOXALES

---

ANCIEN DROIT

---

## LE DROIT D'AINESSE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 14 Février 1889, à 1 heure

PAR

**Alfred VACHIER**

*Avocat à la Cour d'Appel*

---

*Président : M. CAUWÈS, professeur.*

*Suffragants :*

*MM. GARSONNET, professeur.*

*LE POITTEVIN, agrégé.*

*PLANIOL, agrégé.*

---

REIMS

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE MATOT-BRAINE

6, Rue du Cadran-Saint-Pierre, 6

---

1889



La FACULTÉ n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les Thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

---

LE

DAMNUM INFECTUM

Rapproché des Principes de la Loi AQUILIA

ET

DES ACTIONS NOXALES



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41547901\\_0024](https://archive.org/details/IA41547901_0024)

## INTRODUCTION

Le rapprochement entre le *damnum infectum*, la loi Aquilia et les Actions noxales qui forme le sujet de cette thèse se trouve déjà formulé dans Ulpien : « Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum cæteræ actiones ad damna, quæ contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliæ actione et aliis : de damno vero facto, nihil edicto cavetur, cum enim animalia quæ noxam commiserunt, non ultrà nos solent onerare, quam ut noxæ ea dedamus : multo magis ea, quæ anima carent, ultra nos non deberent onerare ; præsertim cum res quidem animales quæ damnum dederint, ipsæ extent, ædes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare. » (1)

Dans le droit classique tel qu'il s'est constitué à l'époque d'Ulpien, ces trois modes d'actions, les actions noxales, la loi Aquilia et la *cautio damni infecti* forment un système complet de répression des faits dommageables. Il embrasse trois sortes de dommages : les faits dommageables de l'homme, ceux qui proviennent d'un être irresponsable, individu *alieni juris*, esclave, animal, enfin les faits dommageables provenant de choses inanimées, un mur, une maison qui s'écroulent.

Ce système de répression atteint donc par l'une ou l'autre de ces actions la masse des faits qui peuvent donner lieu à une réparation. Mais il n'en a pas été ainsi dès l'origine du droit romain. Ce droit encore rudimentaire à l'époque de la loi des XII Tables ne s'est développé que peu à peu, parallèlement au progrès des idées morales, et il a fallu attendre le commencement de l'Empire pour voir consacrer d'une façon pratique et

(1) Ulp. L. 7 § 1. De dam. inf. 36,2.

effective le principe du *damnum infectum* par l'introduction de la *cautio damni infecti*. Jusqu'à cette époque, tous les dommages, toutes les atteintes à la propriété dont la cause immédiate était le délabrement d'une chose inanimée, mais dont la cause réelle était bien la négligence du propriétaire de cette chose qui avait laissé se produire ou s'aggraver ce délabrement, ne trouvaient dans les principes généraux du droit qu'une réparation insuffisante.

Le principe des actions noxales, l'engagement, la consignation de la chose à la réparation du dommage qu'elle a causé, fournit au Préteur un des premiers éléments de son système de réparation effective et complète de ce dommage. L'idée de faute qui se trouve dans la loi Aquilia et le développement qu'obtint cette idée, en suggérant au Préteur le principe de l'obligation personnelle, lui fournirent le second élément du système qu'il cherchait. En face d'un danger imminent causé par le mauvais état d'une construction, le propriétaire qui ne voulait pas réparer cette construction, dut s'engager personnellement à réparer le dommage qu'elle causerait, si elle venait à s'abattre.

Il est évident que, pour qui connaît le respect des principes qui caractérise le jurisconsulte romain, cette transformation ne s'est pas faite en un jour. Il a fallu attendre que l'évolution du droit romain se soit accomplie, que le principe d'équité l'ait envahi. Aussi ces trois modes de répression que rapproche Ulpien, ont-ils apparu successivement dans l'histoire du droit romain. Comme toutes les législations coutumières, la législation romaine s'est formée peu à peu à mesure que se développait la société. Elle est sortie des besoins et des nécessités qui apparaissaient chaque jour, se corrigeant et se complétant sans cesse. Elle s'est développée d'une façon régulière, suivant une ligne directrice dont elle ne s'est jamais écartée. Les principes juridiques qui ont été posés à l'origine de Rome se sont conservés pendant toute sa durée. Ils ont étendu leurs rameaux, ont donné naissance à leur tour à des branches nouvelles pour

former un dôme monumental, mais c'est toujours le même arbre qui donne les mêmes fruits. Cette magnifique unité du droit romain, cette rectitude des lignes qui fait encore aujourd'hui notre admiration, nous la devons à la merveilleuse unité de l'esprit romain lui-même. Cette législation coutumière, que nous supposerions volontiers faite de pièces et de morceaux, présente autant d'harmonie, de rigueur géométrique dans son ensemble et dans ses détails, que l'œuvre sortie toute formée du cerveau d'un législateur.

Dans ces conditions le plan de notre travail est tout tracé. Nous étudierons d'abord ce qu'est le *damnum infectum*, nous chercherons ensuite à pénétrer le principe de la *cautio damni infecti* et à expliquer son mécanisme. Enfin nous chercherons à déterminer quels sont les points par lesquels les trois systèmes de répression des faits dommageables que nous avons à étudier, se rapprochent ou s'éloignent.

---



## CHAPITRE PREMIER

### DU DAMNUM INFECTUM

Qu'est-ce que le *damnum infectum*? Gaius nous répond : « *Damnum infectum est, damnum nondum factum, quod futurum veremur.* » (1). C'est donc un dommage qui n'est pas pas encore arrivé, mais qui peut se réaliser d'un moment à l'autre. Cette définition est peut-être un peu vague et pourrait donner lieu à une fausse interprétation. L'expression de *damnum infectum* en droit romain s'applique à une certaine catégorie de faits particuliers, qu'un certain nombre d'exemples empruntés aux juriconsultes romains vont nous permettre de déterminer d'une manière plus précise.

L'hypothèse la plus fréquemment citée dans les textes est celle d'une maison, d'un édifice qui menacent ruine. De même Ulpien prend comme exemple un four en mauvais état qui menace de mettre le feu au bâtiment voisin : *Præterea si furni nomine damni infecti fuerit cautum...* » (2). Pomponius parle d'un mur commun qui menace de s'écrouler : « *Inter quos paries communis est* » (3). En un mot, pour qu'il y ait *damnum infectum*, il faut qu'il s'agisse d'un immeuble, soit par nature, soit par destination, qui menace par sa chute un immeuble voisin. Ma maison peut s'écrouler sur la vôtre par suite de son mauvais état, mon mur également délabré peut s'effondrer, un

(1) L. 2 De damno inf. 39 — 2.

(2) Ulp. L. 24. § 7. h. t.

(3) Pomp. L. 39 pr. h. .

arbre déraciné par la tempête peut, si je ne l'abats entièrement, écraser les fleurs, les arbres fruitiers de votre jardin.

Dans le droit français et en général dans toute législation, le propriétaire est intéressé à éviter cet accident par la crainte des dommages-intérêts qu'il encourt. Il n'est pas nécessaire de se prémunir contre un danger futur qui peut ne pas arriver, puisque la loi donne à la victime une action en réparation du dommage causé. Il en est ainsi par exemple en droit romain, pour le dommage causé par un homme libre, même pour celui causé par un animal. Dans le premier cas, l'action de la loi Aquilia accordera même un bénéfice à la victime. Dans les autres, le principe de la noxalité lui permettra une réparation généralement satisfaisante. Mais il n'en est pas ainsi dans les hypothèses que nous avons citées plus haut, et jusqu'à l'apparition de la *cautio damni infecti* le propriétaire d'un immeuble menaçant ruine ne courait que des risques insignifiants, à laisser cet immeuble s'écrouler sur le fonds de son voisin.

Jusqu'à la fin de la République, le droit romain a établi une distinction très nette entre les droits réels et les droits personnels. Aucune obligation ne naît de la propriété en la personne du propriétaire, sans l'intervention personnelle de celui-ci. Le propriétaire d'un immeuble n'est tenu à aucune obligation, à raison de cet immeuble, s'il n'a pas assumé personnellement et volontairement cette obligation. Les premiers Romains n'étaient pas très éloignés de l'état de société où la seule relation de l'homme avec la terre consiste dans l'occupation matérielle du sol. Cette association de l'homme et de la terre, cette adaptation de l'un à l'autre qui existent dans les sociétés civilisées et multiplient les liens qui les attachent, n'étaient que récentes à l'origine de Rome. Ce phénomène de dissociation des éléments qui forment la propriété apparaît d'une façon frappante dans la vente par exemple, qui comprenait la *vente proprement dite*, c'est-à-dire l'accord des deux parties sur le prix et sur la chose, entraînant deux obligations personnelles, celle du vendeur et

celle de l'acheteur, et la *tradition* c'est-à-dire la livraison matérielle de la chose.

Aucune obligation ne naissait donc directement de la propriété en la personne du propriétaire. Ce dernier pouvait laisser détériorer son immeuble au risque d'endommager le fonds voisin, aucune voie de droit, aucun principe juridique, ne pouvait le forcer à faire les réparations qu'il refusait. Bien plus, si le danger redouté venait à se réaliser, aucune obligation ne naissait contre lui de ce fait, la propriété seule, nous allons voir dans quelle mesure, était responsable.

L'apparition de la loi Aquilia ne changea rien à cet état de choses. Il suffit de nous rappeler quels étaient les chefs de la loi Aquilia, pour voir qu'elle était étrangère aux dommages prévus dans l'hypothèse d'un *damnum infectum*. Nous ne pouvons pas entrer dans une étude détaillée de cette loi qui date de l'an 408 de Rome. Nous rappellerons simplement qu'elle avait trois chapitres.

Le premier s'occupe du meurtre des esclaves et des *quadrupedes vel pecudes* : « Qui servum, servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem, injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino, damnas esto. » (1). A propos de ce premier chapitre, nous ferons trois remarques. D'abord il suppose la participation active et directe de l'homme et son intention de nuire ; en second lieu, il faut qu'il y ait ou mort ou blessure mortelle ; enfin il s'applique à un nombre d'objets fort limité, puisque d'après les textes il faut entendre par *quadrupedes vel pecudes*, les animaux qui vivent en troupeaux sous la conduite de l'homme, et qu'il exclut ainsi des animaux domestiques tels que le chien, le chat. Le texte des Institutes nous apprend même qu'au temps de Gaïus on discutait la question de savoir si les porcs étaient visés par le premier chapitre de la loi Aquilia.

(1) L. 2 pr. ad Leg. Aquil. 9-2.

Le second chapitre vise une hypothèse spéciale qui ne présente pas d'intérêt. Le troisième a pour but de compléter le premier et paraît vraiment général. Il comprend les dommages matériels qui ne sont pas réglés par le premier, c'est-à-dire : 1° les blessures qui atteignent un esclave ou un des animaux précédemment indiqués, sans entraîner leur mort ; 2° les blessures faites à un animal quelconque, qu'il y ait mort ou non ; 3° les dégradations complètes ou partielles d'une chose inanimée, mobilière ou immobilière. « Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia, cæterarum rerum, præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare, damnas esto. » (1).

Ce dernier chapitre s'occupe de faits, qui se rapprochent de ceux qui se présentent dans l'hypothèse d'un *damnum infectum*, mais ils contiennent un élément qui domine la loi Aquilia tout entière, et qui ne se trouve pas dans les hypothèses que nous étudions, l'intervention active du délinquant. Pour que la lésion tombe sous le coup de la loi Aquilia, il faut qu'elle soit la conséquence directe du fait du délinquant. La loi Aquilia est le produit de l'idée de faute ; elle suppose essentiellement non pas seulement la négligence, mais une action directe, intentionnelle ou non dans un dommage causé. « Injuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam : sed quod non jure factum est, hoc est, id est, si culpa quis occiderit : et ideo interdum utraque actio concurrat, et legis Aquiliæ et injuriarum : sed duæ erunt æstimationes, alia damni, alia contumeliæ. Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit. » (2). La loi Aquilia vise uniquement les *faits positifs* de l'homme.

C'est surtout dans la sanction de cette loi qu'apparaît l'idée de faute, au point d'en revêtir un caractère pénal. La condam-

(1) L. 27 § 5 ad Leg. Aquil.

(2) Ulp. L. 5 § 1, 9-2.

nation n'a pas seulement pour but la réparation du dommage, elle peut procurer au lésé un bénéfice. Le délinquant au premier chef de la loi doit la plus haute valeur que la chose ait atteinte dans l'année qui précède, le délinquant au troisième chef la plus haute valeur de la chose dans le mois qui précède. De plus, et pour accentuer encore ce caractère pénal de son action, la loi Aquilia décide qu'elle sera de celles qui en cas d'*infinitio* emportent condamnation au double.

L'acte positif du propriétaire de l'immeuble menaçant ruine, manquant dans l'hypothèse d'un *damnum infectum*, on ne pouvait la faire entrer dans le cercle d'application de la loi Aquilia. Le Prêteur eut beau étendre à l'aide de procédés variés l'application de celle-ci, il eut beau généraliser son action, le *damnum infectum* lui échappa toujours. Ainsi donc la propriété ne suffisait pas à faire naître l'obligation du propriétaire, et l'intervention fautive du propriétaire qui aurait fait naître cette obligation n'existant pas, le seul recours ouvert au propriétaire victime du mauvais état de l'immeuble voisin, recours bien imparfait, avait sa base dans la noxalité.

Nous n'avons pas à faire ici la théorie de la noxalité. Plus loin, à propos de la *cautio damni infecti*, nous pourrions étudier l'origine et le développement de ce principe. Il nous suffit de l'accepter tel que nous le font connaître les textes. Une action noxale était une action donnée contre un propriétaire, à raison d'un fait commis, sans sa participation, par un être sous sa puissance, fils de famille, esclave, animal. Ce n'était pas une action personnelle dirigée contre lui, et il lui suffisait de faire l'abandon noxal de l'auteur du dommage, pour s'affranchir de toute action, pour se soustraire à toute réparation. Il n'était tenu qu'à raison de la *res* qui, elle, était consignée à la réparation du dommage qu'elle avait causé, et l'action n'était donnée contre lui que parce qu'elle ne pouvait être donnée contre la *res* elle-même. Si cette *res* venait à sortir de ses mains, toute action cessait contre lui. C'était sur cette *res* que devait se poursuivre la réparation du

dommage, et la victime ne pouvait rien exiger au delà de la *res*. Seul le propriétaire de celle-ci avait le choix entre l'abandon de cette chose et la réparation du dommage, parce qu'il n'aurait pas été équitable de le faire souffrir de la perte de sa chose, pour procurer un enrichissement au demandeur. Un esclave a commis un délit, un animal a causé un dommage, le maître n'aura qu'à en faire l'abandon et sera délivré de toute action.

Ce principe de l'engagement de la chose à la réparation du dommage qu'elle avait causé, s'étendait à toute espèce de *res*. Dans l'hypothèse qui fait l'objet de cette étude, dans le cas d'un *damnum infectum*, le même principe s'applique. Le danger vient à se réaliser, le dommage se produit, la *res*, cause du dommage, sera soumise à la réparation de ce dommage. Mais aussi l'abandon des décombres, voilà tout ce qu'on peut exiger du propriétaire de l'immeuble qui a causé le mal, et on ne peut même pas l'obliger à les enlever. « Evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione, veluti si vicini ædes ruinosæ in meas ædes ceciderint : adeo ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse ut rudera tollat, si modo omnia quæ jaceant, pro derelicto habeat. » (1) C'est là le principe des actions noxales que nous avons déjà vu appliqué au cas d'un *damnum infectum*, par le texte d'Ulpien qui sert d'épigramme à ce travail et qu'il est bon de reproduire ici : « Cum enim animalia, quæ noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxæ ea dedamus : multo magis ea quæ anima carent, ultra nos non deberent onerare. » (2)

La législation romaine était donc formelle. Julien essaya d'apporter un tempérament à la décision rigoureuse et souvent inique qui n'accordait au propriétaire, victime de la négligence ou de la mauvaise volonté de son voisin, qu'un droit sur les décombres. Il décide que le propriétaire de l'immeuble qui a

(1) Gaius, L. 6, De damno inf.

(2) Ulp. L. 7, § 1, De dam. inf.

causé le dommage ne pourra enlever les décombres, sans s'obliger à réparer le mal qu'il a fait, ni les abandonner, sans abandonner la maison tout entière. « Et Julianus consultus, si priusquam damni infecti stipulatio interponeretur, ædes vitiosæ corruissent, quid facere deberet is, in cuius ædes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit : Si dominus ædium, quæ ruerunt vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est, et quæ inutilia essent, auferret : nec solum de futuro, sed et de præterito damno cavere eum debere : quod si dominus ædium, quæ deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius ædes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur, *aut tollere, aut totas cedes pro derelicto habere.* » (1) Cette opinion faisait de l'édifice, de l'objet auteur du dommage, un individu, un tout un et complet, et il le rendait, pour ainsi dire, tout entier responsable des dégâts commis par une de ses parties. C'est l'idée de l'obligation *propter rem* poussée jusqu'à des conséquences qui étonnent. Assimiler une maison à un esclave, à un animal, et comme eux la considérer comme un tout indivisible au point de vue du dommage et par conséquent de la réparation, me paraissent forcer le sens de l'idée de l'obligation de l'objet, d'autant plus que cette obligation se forme juste au moment où l'objet se dissout, où la maison s'écroule. C'est ce qu'Ulpien remarque avec beaucoup de raison dans le paragraphe premier de cette même loi, *in fine* : « præsertim cum res quidem animales, quæ damnum dederint, ipsæ extent, ædes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare. »

D'ailleurs, même en admettant l'opinion de Julien, nous ne pouvons y voir qu'un palliatif. Dans une foule de cas, la réparation du dommage sera insuffisante. Je suppose qu'il s'agisse d'un mur entourant un jardin. Près de ce mur, qui appartient à mon voisin, se trouve une serre pleine de plantes rares. Si ce mur

(1) Ulp. L. 7, § 2. De dam. inf.

vient à s'écrouler sur ma serre, mon voisin aura beau me faire l'abandon de son mur, les dégâts seront bien insuffisamment réparés. Amoins que Julien ne considère le jardin tout entier comme formant avec son mur un tout indivisible, et qu'il ne me donne à défaut de réparation, le jardin tout entier. Je doute que le jurisconsulte romain soit allé jusque là, et je me contenterai de faire observer que le système de la noxalité, même dans l'opinion la plus favorable, ne donne qu'une réparation inégale et incomplète du préjudice causé.

Il faut de plus remarquer que cette opinion de Julien n'apparaît que fort tard, probablement après l'introduction de la *cautio damni infecti*, et sous le même courant d'idées ; et l'insuffisance du droit primitif paraîtra plus grande encore.

Avant de terminer cette étude des voies de droit offertes par la législation romaine au propriétaire victime d'un dommage causé par un immeuble voisin, pour obtenir la réparation de son préjudice, il faut dire un mot de deux actions fort anciennes, qui existaient encore au moment de l'introduction de la *cautio*.

Une des hypothèses de *damnum infectum* qui dans le droit nouveau donna lieu à la *cautio*, est déjà prévue par la loi des XII Tables. Il s'agit de l'action *aquæ pluvie arcendæ*. Elle était employée dans le cas où le voisin fait ou détruit des constructions voisines de mon fonds, qui modifient, à mon préjudice, le cours naturel des eaux pluviales. « Hæc autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto ; hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur ; totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est : id est, cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quo natura soleret. » (1)

Elle se rapproche de la *cautio*, puisqu'elle s'exerce avant que le dommage soit causé ; mais il lui faut une condition essentielle, qui l'en fait différer profondément : elle exige un fait positif du propriétaire du fonds menaçant. Elle tend à obtenir le réta-

(1) Ulp. L. 1, § 1, 39-3.

blissement de l'ancien état de choses aux frais du défendeur, si c'est par son fait que le résultat préjudiciable a été occasionné<sup>(1)</sup>. Le texte que nous venons de citer, le titre tout entier de *Aqua et aquæ pluvie arcendæ*, insiste sur la participation active du défendeur « *manu facto opere* ». Cette action s'est conservée, quoique sans grande utilité, dans le droit classique, et nous trouvons encore des textes prévoyant des cas où la *cautio* et l'action *aquæ pluvie arcendæ* s'appliquent concurremment. (2)

Enfin Gaius rapporte une *legis actio*, d'après laquelle, au temps des actions de la loi, déjà on pouvait agir *damni infecti nomine*. Elle subsistait encore, à l'époque de ce jurisconsulte, concurremment avec la *cautio*, et il nous apprend que l'on préférait généralement le système de la stipulation, qui était plus commode et donnait pleine satisfaction. Nous ne savons pas en quoi consistait la procédure de cette *legis actio*. Le texte de Gaius est fort difficile à lire. La partie qui en a été déchiffrée laisse penser que c'était une *pignoris captio* : « *Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium fit..... cum ad centumviro itur, ante legem agitur sacramento apud prætorem urbanum vel peregrinum. Propter damnum vero infectum, nemo vult lege agere; sed potius stipulatione quæ in Edicto proposita est, obligat adversarium..... quod et commodius jus et plenius est. Per pignoris.....* » (3).

Certains auteurs croient qu'il s'agissait d'une *pignoris capio*, d'autres au contraire préfèrent l'hypothèse d'un *sacramentum*, mais il est difficile de se prononcer, en présence d'un texte aussi incomplet que celui de Gaius. Dans tous les cas, cette *legis actio* devait avoir une importance fort restreinte. Elle demandait probablement des conditions particulières, s'appli-

(1) Voir Mainz: *Cours de droit romain*, T, II, p. 532.

(2) Paul. L. 14, §§ 1-4, 39-3.

(3) Gaius, Comm. IV § 31

quait à des cas spéciaux. Les jurisconsultes romains n'en parlent pas et ne voient de sanction au *damnum infectum* que dans les principes de l'obligation *propter rem*. Sans Gaius, nous ne le connaîtrions pas. Il faut croire qu'elle ne tenait pas grande place dans la théorie qui nous occupe.

## CHAPITRE II

### SECTION PREMIÈRE

#### ORIGINE DE LA CAUTIO

Les principes du droit romain primitif étaient donc impuissants à fournir au propriétaire lésé par la chute d'un immeuble voisin, les moyens de poursuivre la réparation du préjudice qu'il subissait. Il fallait donc trouver aux rapports que nous étudions, une forme juridique, qui permit de les accompagner d'une action. Le préteur considéra qu'au point de vue de l'équité la mauvaise volonté du propriétaire entraînait sa responsabilité. Par des mesures de coercition, il détermina l'intervention du propriétaire, son obligation personnelle, et la *cautio damni infecti* fut créée.

Une idée, que nous trouvons développée dans Ihering (1) et qui a eu une influence profonde sur la législation romaine, se résume ainsi : l'homme grossier apprécie l'injustice, non d'après sa cause, mais d'après son effet, non d'après les circonstances qui ont leur siège dans la personne de l'auteur, mais uniquement au point de vue du lésé. Le mal produit a pour conséquence immédiate l'idée de vengeance. La passion impose l'expiation, même à l'innocent. Ihering définit ce sentiment né de l'injustice : « Réaction violente contre toute injustice soufferte » (2). Ce sentiment, qui est à l'origine de toutes les législations primitives, se retrouve en droit romain. « Aux

(1) *La Faute en droit privé*, p. 8 et suiv.

(2) *Ibid.*, p. 11.

termes du droit le plus ancien, dit Ihering, celui-là qui, même sans sa faute, avait causé la mort d'autrui, encourait la vengeance du sang. Cet état de choses resta en vigueur jusqu'à ce qu'une prétendue loi de Numa, permit de racheter la dette du sang au moyen d'un bétail à fournir aux parents de la victime. C'est le bouc émissaire de l'antiquité romaine » (1). Et ce sentiment de vengeance et d'expiation ne s'appliquait pas seulement aux individus responsables. « Même les animaux et les choses inanimées, dit encore Ihering, devaient répondre du dommage qu'ils avaient occasionné, en ce sens du moins pour les choses, que le lésé pouvait les retenir lorsqu'elles tombaient entre ses mains, tandis qu'il avait le droit d'obliger le propriétaire à lui livrer les animaux pour se payer du dommage qu'il avait souffert » (2). M. Girard, qui a développé cette idée avec une grande précision, nous a donné une étude psychologique très juste des sentiments qui ont dû inspirer la victime du dommage. « On pense bien, dit-il, que dans cette période la victime du mal ne s'attarde pas davantage à chercher si l'être duquel elle veut se venger est sous la puissance d'une autre personne à laquelle préjudiciera l'exercice de la vengeance. L'offensé mettra tout de suite la main sur l'objet inanimé. Il se lancera, s'il le faut, à la poursuite de l'homme ou de l'animal. Mais il n'aura pas le moindre souci de respecter les droits de celui à qui appartient, à un titre quelconque, l'auteur quelconque du délit, animal, esclave, fils de famille » (3).

La vengeance, voilà donc la première forme de la *peine* au début de la civilisation. Dans l'absence d'une sanction supérieure, l'homme s'est fait justice lui-même. Il a poursuivi son ennemi, homme ou esclave, esclave ou bête, et s'est vengé sur lui du mal qu'il en avait reçu. Primitivement la vengeance a dû être sans mesure, comme la passion qui l'inspirait. Mais les

(1) *La Faute en droit privé*, p. 12.

(2) *Ibid.*, p. 14.

(3) *Nouvelle Revue historique du Droit Français et Etranger*. 1888, janvier-février, p. 40.

relations humaines s'adoucissant, des règles se sont formées. Le sentiment de réaction contre l'injustice qui se retrouve au fond de la vengeance s'est précisé. La réparation a été proportionnée au dommage. N'était-il pas naturel, dans ces conditions, de permettre au propriétaire de l'auteur du dommage, esclave ou animal, d'intervenir; et, pour ne pas lui infliger à lui innocent, une perte sans excuse, de lui donner le choix entre la réparation du préjudice et l'abandon de l'auteur du mal? C'est là le principe de l'*abandon noxal*. Aucune obligation ne naît dans la personne du propriétaire. On veut simplement lui permettre d'éviter une perte imméritée par un sacrifice moindre. La propriété n'engendre aucune obligation contre le propriétaire. Le droit du lésé s'exerce directement sur l'objet auteur du mal. Le propriétaire n'intervient qu'accidentellement et par faveur.

Un tel point de départ fait remonter très haut dans l'histoire du droit et dans l'histoire de Rome le système des *actions noxales*. Il apparaît dans la loi des XII Tables, qui ouvre le chapitre de nos connaissances dans la Législation Romaine. La loi des XII Tables donne des actions noxales pour deux ordres de faits: à raison des faits de l'homme, et à raison de ceux des animaux. A raison des faits des animaux, ce sont l'action de *pauperie*, et l'action de *pastu*. Ce sont celles qui représentent le plus nettement le principe de l'obligation *propter rem*, l'idée de noxalité, car elles évitent toute confusion pouvant résulter de la responsabilité de fait sinon de droit de l'*alieni juris*, esclave ou fils de famille.

Il n'était pas bien difficile à un propriétaire, lésé par la dégradation de l'immeuble de son voisin, de faire porter sur l'immeuble tout entier le droit sur la chose que lui donnait le principe de noxalité. L'homme qui de nos jours encore frappe du pied, comme si c'était un être animé, la pierre qui a failli le faire choir, devait plus facilement encore, dans l'ancienne Rome, rendre l'édifice tout entier, responsable du dommage causé par quelques pierres qui s'en étaient détachées. L'imagination de la victime, sinon celle du jurisconsulte, devait être toute

disposée à considérer comme indivisible au point de vue de la réparation, l'immeuble qui lui causait du dommage. Le développement de l'idée de faute, en faisant naître la responsabilité du propriétaire, fit accepter par le jurisconsulte (le texte de Julien en est la preuve) et par le droit, le principe de cette indivisibilité.

Et en effet, l'histoire du développement de la législation romaine n'est pas autre chose que l'histoire du développement de l'idée de faute sous l'influence du principe d'équité. Ce sentiment de justice encore inconscient dans l'idée de vengeance qui fait naître le principe de la noxalité, se précise et pénètre le droit. Comme le dit Ihering, « l'idée de faute domine le droit civil tout entier » (1).

A l'époque de la loi des XII Tables, le droit romain est à l'état embryonnaire. C'est une législation qui naît. Elle se compose d'un certain nombre de règles étroites et rigoureuses visant un certain nombre de faits nettement déterminés. C'est le produit d'un état social primitif, où l'esprit des hommes ne saisit que des rapports simples, où il ne sait pas poser des règles larges, des principes générateurs, où il est incapable de toute généralisation. Les idées sont confuses ; l'homme ne sait pas démêler dans les faits les éléments qui les composent. Aussi le nombre des faits punissables, des faits dommageables sanctionnés par la loi des XII Tables, est-il très restreint. Il faut que la faute soit si évidente, qu'elle réveille les sentiments de justice de l'homme le plus grossier. Et, comme l'intervention de la loi a supprimé la justice particulière, comme les voies légales sont les seules permises pour obtenir la réparation du préjudice causé, un grand nombre de délits, de faits dommageables ne sont pas atteints par la loi, restent sans réparation.

Cette insuffisance, inévitable dans toute législation qui débute, fut encore plus sensible à Rome. Un trait qui frappe dans le

(1) Ihering : *De la faute en droit privé*, p. 23.

droit romain, c'est la préoccupation constante du législateur de réprimer l'esprit de chicane. La bonne foi ne paraît pas avoir été la vertu dominante des Romains, et l'admirable développement de leur droit pourrait bien avoir eu pour cause, la tendance qu'ils avaient à en user et même à en abuser. On pourrait facilement, je crois, les comparer aux paysans de certaines de nos régions. Ils étaient chicaniers et rapaces. Le trop-plein de leur sève qui chez d'autres peuples se dépense en combats et en entreprises héroïques se déversait volontiers chez eux en procès et en chicanes. Ceci explique le luxe de précautions qui nous étonne. Les *cautiones*, les *sponsiones tertiæ et dimidiæ partis*, la condamnation au double en cas d'*infiltratio*, le *judicium calumniæ*, le *contrarium judicium*, le *juramentum in litem*, le *jusjurandum de calumniâ* n'ont pas de raison d'être entre gens sincères et ne se retrouvent à un tel degré dans aucune autre législation.

Ces sentiments durent être plus ardents encore au début de Rome, et je vois là une des causes du caractère si étroit, si rigoureusement formaliste de son droit. Pour éviter les procès, il fallait que la législation fût d'une précision à toute épreuve, ne laissant aucun champ à l'interprétation. Chaque cas litigieux devait être spécialement déterminé par le droit civil, qui y adaptait une formule en dehors de laquelle il n'y avait pas de salut. Aucun effort n'était fait pour grouper un certain nombre de cas sous une formule générale. Le droit civil était une longue énumération de faits particuliers, en face de laquelle se trouvait une énumération correspondante, celle des formules magiques, pour ainsi dire, qu'il fallait prononcer devant le juge.

Mais ce droit, suffisant pour une petite cité où la vie se passe dans un petit cercle de faits et d'idées toujours les mêmes, ne pouvait suffire à Rome, étendant peu à peu son empire sur le monde. Dès l'an 408, la loi Aquilia essaya de réunir dans une formule générale toutes les dispositions éparses jusque-là dans la loi des XII Tables ou ailleurs, qui visaient un *damnum*

*injuria datum* : « Lex Aquilia omnibus legibus quæ ante se de damno injuria locutæ sunt derogavit : sive duodium tabulis, sive alia quæ fuit : quas (leges) nunc referre non est necesse » (1). La généralisation est incomplète. La loi Aquilia ne vise que les dommages qui résultent d'une intervention active de l'homme, elle est une généralisation des faits positifs de l'homme, des actes matériels.

Nous avons dit plus haut que cette généralisation du droit s'était produite selon le développement de l'idée de faute. Comme le dit Ihering, « les droits ne se perfectionnent qu'en raison de la matière obligatoire qui s'y mêle ». Il est donc tout naturel qu'elle ait commencé par la série des faits où l'idée de faute était la plus apparente, où elle provenait du fait immédiat, direct de l'homme.

Et ce qui montre combien la notion de faute était confuse, indécise, chez les auteurs de la loi Aquilia, combien peu ces esprits savaient dégager les éléments d'une idée, c'est que, même dans les limites où elle se produit, cette généralisation est incomplète. Aux termes de la loi Aquilia, le dommage doit être causé *corpore*, « c'est-à-dire résulter directement du fait même du délinquant et non pas de l'action d'une cause étrangère que ce fait a mise en mouvement » (2). C'est ainsi que celui qui a donné du poison comme médicament, mais qui ne l'a pas administré lui-même, ou celui qui a mis un glaive entre les mains d'un fou furieux, ne seront pas tenus de l'action de la loi Aquilia : « Celsus autem multum interesse (dicit) occiderit, an mortis causam præstiterit : ut qui mortis causam præstitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde adfert eum, qui venenum, pro medicamento dedit : et (ait) causam mortis præstitisse quemadmodum eum, qui furenti gladium porrexit : nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum » (3). L'individu qui a

(1) L. 1 pr. Ad Leg. Aq. 9-2.

(2) Voir Acarias. *Précis du droit romain*, p. 664.

(3) Ulp. L. 7, § 6. 9-2.

excité un chien à attaquer, échappe à la loi Aquilia, car il n'est pas l'auteur immédiat du dommage, mais il est soumis à son application s'il a tenu le chien en laisse. Ces distinctions nous paraissent puériles, mais elles indiquent bien quelle devait être l'insuffisance d'analyse de ces anciens Romains, combien était incomplète et sommaire leur notion de la responsabilité.

Le préteur, qui a joué dans le développement du droit romain le rôle de grand-prêtre de l'Équité, ne tarda pas à combler ces lacunes et à étendre le cercle d'application de la loi Aquilia, soit par le procédé des actions utiles, soit par celui des actions *in factum*. Cette idée d'équité envahit tout le droit. C'est à la fin du v<sup>e</sup> siècle et surtout au vi<sup>e</sup> que le droit romain, qui jusque-là était resté enchassé dans les formules étroites et rigoureuses de ses débuts, cherche à devenir un système large et complet de législation. La tendance de généralisation dont la loi Aquilia est la première expression se précise. Le droit des personnes prend une ampleur singulière, un sentiment nouveau, sentiment d'humanité et d'affection pour les faibles, et en même temps sentiment plus juste de la responsabilité, s'y introduit.

Sous cette influence naissent plusieurs institutions nouvelles. C'est du v<sup>e</sup> siècle que date la création de la tutelle Attilienne, qui remet au magistrat le soin de veiller aux intérêts du pupille abandonné et de lui donner un tuteur. A la même époque apparaît la loi Plœtoria, organisant un *judicium publicum rei privatæ*, contre quiconque aurait abusé frauduleusement de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans, et la création par le préteur de la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans, pour éviter l'*in integrum restitutio*, la suivit de près. L'action *rei uxoriæ* dès le milieu du vi<sup>e</sup> siècle rendit à la femme, en cas de divorce, la dot injustement conservée par le mari.

Enfin, la loi Æbutia, que nous placerons plus volontiers en 577 ou 583, supprima, au moins comme système général, les actions de la loi, et les remplaça par la procédure formulaire.

Le droit romain se débarrassait d'un système étroit et ridiculement formaliste, pour le remplacer par un système large et général, permettant d'embrasser dans ses formules, toute la complexité des hypothèses que reconnaissaient, non seulement le droit civil, mais encore le droit prétorien.

Favorisé par l'élasticité du système formulaire, par la commodité des exceptions, des dupliques et des répliques, le principe d'équité pénètre de plus en plus dans le droit. Les derniers temps de la République présentent un développement remarquable de l'idée de faute. L'idée de faute envahit, non seulement le droit criminel, mais le droit civil romain. « L'idée de faute, dit Ihering, domine le droit civil tout entier » (1). « Il n'y a pas de rapport juridique que cette idée ne puisse affecter, dit plus loin Ihering, c'est-à-dire, dans lequel la présence ou l'absence de faute n'entraîne après elle une différence de responsabilité. *La notion de faute est la mesure générale de la responsabilité dans le droit romain privé, parvenu à son développement* » (2). C'est du reste la conclusion de cette longue évolution que le sentiment de l'équité a amenée dans le droit, et à laquelle la jurisprudence et le préteur ont si utilement collaboré. Le droit s'est dégagé de l'interprétation étroite des textes et des actes. Il a compris que la négligence volontaire pouvait être aussi coupable qu'une participation effective à un acte, et a fait rentrer cette négligence dans la catégorie des fautes.

De nombreux exemples du développement de l'idée de faute nous sont fournis à la fin de la République. C'est à un ami de Cicéron, à Aquilius Gallus, que nous devons la formule de la stipulation aquilienne qui a pour objet de permettre le règlement des droits litigieux, qui encourage par conséquent la bonne harmonie et la bonne foi entre les parties. C'est le même Aquilius Gallus qui introduit l'action *de dolo* destinée, non seule-

(1) Ihering. *De la faute en droit privé*, p. 23.

(2) Ibid., p. 24.

ment à punir le coupable de dol, mais surtout à indemniser sa victime trop souvent dénuée d'action. Il semble y avoir dans le droit de cette époque comme un effort général pour compléter la législation, de façon à satisfaire les sentiments d'équité devenus plus impérieux. La *cautio damni infecti* en est sortie.

## SECTION DEUXIÈME

### CONDITIONS DE LA CAUTIO

L'idée de faute contenue dans l'hypothèse d'un *damnum infectum* apparut donc sous l'influence de ces sentiments d'équité. Il devint évident que le propriétaire qui, par sa négligence ou sa mauvaise volonté laissait tomber en ruine son immeuble, était coupable du dommage que la chute de celui-ci pouvait causer, et par conséquent, devait la réparation de ce dommage. Le prêteur intervint, mais il fallait tenir compte de cette séparation des idées de propriété et d'obligation que nous avons rappelée plus haut, et qui quoique atténuée avait encore la force d'un principe. Or, le prêteur, alors même qu'il apportait les plus graves modifications dans le droit civil, ne l'a jamais fait sans lui témoigner le plus grand respect, au moins dans la forme. Il fallait donc déterminer l'obligation personnelle du propriétaire de l'immeuble délabré, puisque la propriété ne suffisait pas à engendrer cette obligation. L'idée de faute fournit le principe de cette obligation ; le prêteur trouva dans son *imperium* les moyens de coercition nécessaires pour forcer la main au propriétaire récalcitrant.

Dans la *cautio damni infecti*, l'obligation résulte d'une stipulation imposée au propriétaire. Le propriétaire, dont l'immeuble menace ruine, est appelé devant le prêteur ou le prési-

dent de la province, et celui-ci, après avoir pris connaissance de la cause, lui fait promettre la réparation du préjudice qui pourrait naître de la chute de l'immeuble, si cette chute vient à se produire. Le propriétaire devenait donc personnellement obligé à réparer le dommage, et sa victime avait l'action *ex stipulatu* pour agir contre lui.

Il était évident que le propriétaire qui refusait de faire les réparations nécessitées par le délabrement de son immeuble, refuserait de s'engager par une stipulation à réparer le dommage. Il fallait donc un moyen de coercition pour l'amener à contracter cette obligation. Nous avons vu que le principe des actions noxales permettait, dans une certaine mesure, d'atteindre ce propriétaire. La victime du dommage causé par l'écroulement d'un immeuble avait droit aux décombres en cas de non réparation du préjudice. Comme dans le cas des actions *de pauperie* ou *de pastu*, il y avait, pour ainsi dire, engagement de la chose à la réparation du dommage qu'elle avait causé. Le prêteur n'eut qu'à étendre cette idée à l'immeuble encore debout, mais menaçant ruine, pour donner une sanction à l'obligation qu'il voulait créer.

Le propriétaire refusant la promesse qui lui était demandée, le prêteur, usant de son *imperium*, (car il ne faut pas oublier dans tout cela que c'est dans un but d'équité et en vertu de son *imperium* qu'il agit), rendait un décret par lequel il envoyait le demandeur en possession de l'immeuble.

Ce premier décret n'était rendu qu'à titre conservatoire. C'était à la fois une mesure coercitive pour décider le propriétaire à fournir la *cautio*, et une mesure destinée à permettre au propriétaire menacé de faire les réparations nécessaires, pour parer au danger redouté. Il ne donnait qu'une possession provisoire que faisait évanouir la prestation de la *cautio*. Le délai de cette possession était soumis à la libre disposition du prêteur qui le fixait d'après les circonstances, (1) et qui pouvait le pro-

(1) Paul L. 14. De dam. inf.

longer s'il le jugeait utile. Si le propriétaire continuait à refuser la promesse qui lui était demandée, le prêteur rendait alors un second décret qui transformait la possession temporaire du demandeur en une possession définitive. De ce jour, le propriétaire perdait la possession, sans qu'aucune voie de droit lui fût ouverte pour la recouvrer. Il n'était plus autorisé à fournir la *cautio*. « Posteaquam autem quis possidere jure dominii a prætore jussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi : et ita Labeo » (1). Le demandeur s'acheminait sans rien craindre vers la propriété par l'usucapion. Nous verrons plus loin comment était protégée cette possession.

Cette procédure de la *cautio damni infecti* est expliquée et développée dans le texte de l'Edit qui nous est parvenu. Elle est rapportée par Ulpien au Digeste : « *Prætor ait* : Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo ei, qui juraverit, non calumniæ causâ id se postulare, eumve, cujus nomine aget, postulaturum fuisse in eam diem, quam causâ cognitâ statuero ; si controversia erit, dominus sit, necne, qui caverit : sub exceptione satisdari jubebo ; de eo opere, quod in flumine publico ripave ejus fiet, in annos decem satisdari jubebo ; eum qui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine, ut caveatur, postulabitur, ire, et, cum justa causâ esse videbitur, etiam possidere jubebo. In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo : ut tantum præstet, quantum præstare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo, ejusve, cujus de ea re jurisdictio fuit, quæ mea est, cautum fuisset ; ejus rei nomine, in cujus possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine (non) satisfabitur : eum, cui non satisfabitur, simul in possessione esse jubebo » (2).

Nous avons expliqué le mécanisme du système de la *cautio damni infecti*, il faut le suivre dans son application.

(1) Ulp. L. 15 § 33. De dam. inf.

(2) L. 7 pr. De dam. inf.

Si la *cautio*, qui consiste en une simple promesse, sauf pour les personnes qui n'y sont pas obligées par l'Edit et qui doivent fournir une *satisfactio* (1), si la *cautio*, dis-je, est prestée il n'y a pas de difficulté. Le dommage se réalisant, la réparation en sera poursuivie par l'action *ex stipulatu*. Cependant comme le propriétaire ne peut rester éternellement sous le coup de sa promesse, il doit toujours y avoir fixation d'un délai au delà duquel la promesse n'aura plus d'effet (2). Du reste, rien n'empêche de renouveler la *cautio*, si, à l'expiration de ce délai, le danger est encore à craindre. Si le délai n'a pas été indiqué dans la stipulation, on doit s'en rapporter à l'usage (3).

Une seconde condition de la *cautio damni infecti* est, qu'elle doit indiquer qu'elle est transmissible à tous les héritiers, même aux ayants-cause à titre particulier. Il y a là un effet de l'idée primitive de noxalité qui fournissait sa sanction au *damnum infectum* en engageant les décombres à la réparation du dommage. Après l'aliénation de l'un des immeubles, la stipulation n'en produit pas moins ses effets entre les propriétaires actuels. « Adjicitur in hâc stipulatione et *heredum nomen, vel successorum, eorumque ad quos ea res pertinet* : successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur » (4). Le montant de la condamnation est le *quanti ea res est*, en tenant compte des dépenses qui ont pu être faites pour éviter le danger. « In hâc stipulatione venit, quanti ea res erit. Et ideo Cassius scribit, eum, qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinæ ea ædificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit : impensas ejus rei ex stipulatu consequi posse » (5).

Si le propriétaire refusait la *cautio* qui lui était demandée, le prêteur rendait un premier décret par lequel il envoyait le

(1) L. 9 §§ 4 et 5 ; L. 15 § 25, De dam. inf.

(2) Ulp. L. 13 § 15 h. t.

(3) Ulp. L. 15 pr. et § 1 h. t.

(4) Ulp. L. 24 § 1 ; L. 17 § 3, De dam. inf.

(5) Ulp. L. 28 h. t.

demandeur en possession. Mais il devait toujours y avoir un certain intervalle entre l'envoi en possession et la prise de possession. Nous sommes dans une matière que régit l'équité, et l'équité veut qu'il soit apporté des ménagements dans la dépossession du propriétaire : « Non autem statim, ubi misit prætor in possessionem, etiam possidere jubet, sed tunc demum, cum justa causa videbitur. Ergo intervallum aliquod debebit intercedere . . . . » (1). L'envoi en possession n'est qu'un moyen d'arriver à l'obligation personnelle du propriétaire, un moyen de lui forcer la main, ce serait manquer le but du système que de hâter outre mesure la prise de possession.

Le premier décret ne donnait au demandeur qu'une possession temporaire, que le défendeur pouvait faire cesser à son gré par l'offre de la *cautio*. Ulpien compare la situation de l'envoyé en possession à celui du créancier gagiste. Cette situation n'entraînait-elle pas des obligations pour l'envoyé ? Certains jurisconsultes le pensaient, mais Ulpien est avec raison d'un avis contraire. Le droit du créancier gagiste sur son gage ne peut devenir un droit de propriété. Il ne reçoit pas le bien de son débiteur en échange de ce que celui-ci lui doit, mais comme garantie de sa créance. Son seul droit est de le vendre et de se payer sur le prix. Au contraire, la possession est donnée à l'envoyé à la place de la *cautio*, *vice cautionis*, dit le texte, il n'est pas plus obligé à faire réparer ou reconstruire l'immeuble, qu'il ne le serait si la *cautio* lui avait été donnée. « Si quis damni infecti in possessionem missus sit : fulcire eum, et reficere insulam debere, sunt, qui putent ; eamque culpam præstare exemplo ejus, qui pignori accepit ; sed alio jure utimur : cum enim ob hoc tantum missus sit, *ut vice cautionis in possessione sit*, nihil ei imputari, si non refecerit » (2).

Il suffit au propriétaire, après ce premier décret, de fournir la *cautio*, pour faire évanouir l'envoi en possession. Mais il

(1) Ulp. L. 15 § 21 h. t.

(2) L. 15 § 30. De dam. inf.

doit naturellement tenir compte à l'envoyé en possession, des dépenses qu'il a pu faire, et la promesse devra garantir le remboursement de ces dépenses. Du reste, cet envoi en possession offre au propriétaire menacé une garantie suffisante. Si, après ce premier décret, quand bien même l'envoyé ne serait pas encore entré en possession, le danger vient à se produire, la possession lui sera donnée sur le sol et sur ce qui reste de l'édifice; et si, à ce moment-là, le propriétaire veut offrir la *cautio*, elle devra comprendre toutes les dépenses que l'envoyé a pu faire pour reconstruire l'immeuble, et la réparation du dommage passé. Même au point de vue du remboursement des dépenses, la *cautio* avait son intérêt. L'envoyé en possession aurait bien eu sans doute une action *in factum* pour recourir contre le propriétaire, mais celui-ci ne lui aurait dû que les dépenses *utiles*. Ces solutions sont unanimement acceptées par les jurisconsultes. « Cum postulassem, *ut mihi damni infecti promitteres*, noluisti; et priusquam prætor adiretur ædes tuæ corruerunt, et damnum mihi dederunt; potius esse ait, ut nihil novi prætor constituere debeat, et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri cæperim: at si cum prætor, ut promitteres decrevisset. et te non promittente ire me in possessionem jussisset, et priusquam eo venissem, corruerunt, perinde omnia servanda esse existimavit, atque si posteaquam in possessionem venissem, damnum datum esset. » (1) Ulpien dans la loi 15, approuve l'opinion de Labéon et donne les mêmes solutions: « Si jam ruerunt ædes: an in possessionem ruinæ vel aræ mittendus sit nihilominus is cui cautum non est, videamus? Et magis est ut mitti debeat; et ita Labeo: sed adjicit, si posteaquam decreverit prætor, eum in possessionem mittendum, tunc ædes deciderint; et puto Labeonis sententiam veram. Proinde et si refecit aliquid, erit probandum, non prius eum discessurum quam si ei sarciatur, et de præterito caveatur. » (2)

(1) Africanus. L. 44 pr. De dam inf.

(2) Voir Ulpien L. 15. §§ 31, 44. De dam inf. Voir aussi à propos du créancier gagiste. L. 44. § 1 h. t.

Devant la persistance du propriétaire à refuser la *cautio*, le prêteur rendait un second décret, et de ce moment-là l'envoyé obtenait la possession définitive. L'offre de la caution n'était plus permise(1). Bien plus, les droits des tiers sur la chose disparaissaient : « Si qua sint jura debita his, qui potuerunt de damno infecto satisfacere : deneganda erit eorum persecutio adversus eum qui in possessionem missus est : et ita Labeo probat. » (2)

Il pouvait arriver que plusieurs propriétaires voisins fussent menacés par le même immeuble, et par suite exigeaient la *cautio*. Dans ce cas, ils devaient être tous envoyés en possession, qu'ils eussent fait leur demande en même temps ou non. Si l'un d'eux avait obtenu la possession définitive du prêteur, il devait à son tour fournir la *cautio* s'il ne voulait pas être expulsé. C'est ce que décide un texte d'Ulpien : « Si plures sunt, qui postulant ut caveatur : omnes mitti in possessionem solent. Idemque Labeo probat, et si prius quis in possessionem missus sit, et alius mitti desideret ; nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem. Quod si jam prior possidere jussus sit, et alius damni infecti caveri desideret : tunc nisi cavetur, mittetur in possessionem posterior. » (3) Et ils ne seront pas envoyés en possession proportionnellement à l'importance du dommage qu'ils redoutent, mais chacun pour le tout. Il résultera de là une co-propriété, et les dépenses que ferait l'un d'eux pourront être répétées par l'action *communi dividendo*. (4)

Sur quelle partie de l'immeuble portait l'envoi en possession ? La sanction si incomplète que fournissaient primitivement les actions noxales quand le *damnum* s'était réalisé, ne donnait droit qu'aux décombres. Il n'en est plus ainsi dans le système de la *cautio damni infecti*. Ici ce n'est plus le principe de l'obligation *propter rem* qui est appliqué, c'est l'idée d'équité, et l'équité

(1) L. 15 § 33 h. t.

(2) L. 15 § 24 h. t.

(3) L. 15 § 15, De dam. inf. Voir aussi la même loi §§ 16, 17.

(4) Même loi §§ 18, 19.

veut que la réparation soit égale au dommage. D'ailleurs l'envoi en possession n'est qu'un moyen de coercition, qu'une menace qui doit être sérieuse, mais que le propriétaire peut éviter en fournissant la *cautio*. Aussi doit-il porter sur tout l'immeuble. C'est la solution qui fut adoptée avec certaines restrictions cependant. Si la maison, par exemple, était divisée en plusieurs parties, l'envoi en possession pouvait porter sur l'une d'entre elles sans porter sur les autres : « An vero in totas ædes missio locum habeat, videamus? Et extat Sabini sententia, in totas ædes mittendum : ..... et verior est Sabini sententia. » Et le paragraphe suivant de la loi d'Ulpien que nous venons de citer, ajoute : « Sed si in plures partes divisa domus sit, utrum in partem, an in totam domum possidendam mitti quis debeat, videamus? Si tam ampla domus sit ut ea spatia inter vitiosam partem intercedant, et eam quæ vitium non facit : dicendum in eam solam partem mitti; si vero unita sit contextu ædificiorum : in totam. » (1)

Pour avoir une idée complète des conditions d'exercice de la *cautio damni infecti*, il faut rappeler que c'était une matière régie par l'équité. Nous avons vu que le prêteur avait toute latitude pour décider, si la promesse devait être donnée, si la *missio in possessionem* devait être prononcée et quels délais devaient être accordés. Il y avait des cas où l'intérêt du propriétaire menacé était d'obtenir l'envoi en possession et où, d'un autre côté, il y aurait eu injustice à laisser cette possession devenir définitive. Il y avait lieu alors à une *in integrum restitutio*. Cela se produisait en cas d'absence *reipublicæ causa*, ou bien encore quand un pupille n'avait pas de tuteur. « Si forte dominus reipublicæ causa abest, aut in ea sit ætate, cui subveniri solet : probandum est, non debere prætorem festinare ad decernendum, ut jubeat possidere. Sed etsi decreverit, nemo dubitat in integrum restitutionem indulturum. » (2) Si l'envoi en possession définitive

(1) Ulp. L. 15 §§ 11-14. De dam. inf.

(2) L. 15 §§ 22, 29 h. t. Voir aussi L 9 § 1 h. t.

avait été prononcée sans que le propriétaire eût pu l'empêcher, en un mot sans qu'il y eût eu faute de sa part, il pouvait obtenir du prêteur l'*in integrum restitutio*.

Cette idée de faute se retrouve à propos de la commise de la peine. Le prêteur considérait comme une faute, la négligence du propriétaire qui ne voulait pas réparer son immeuble délabré, et c'est pour cela qu'il exigeait de lui, la promesse de réparer le dommage qui viendrait à se produire. Si le dommage se réalisait, la stipulation s'exécutait. Mais il fallait que le dommage provint bien réellement du mauvais état de l'immeuble et non d'un cas fortuit. Une inondation, une tempête emportent les édifices les plus solides, la réparation n'est pas due : « Et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terræ motu aut vi fluminis, aliove quo casu fortuito acciderit. » Et le paragraphe suivant ajoute : « Servius quoque putat, si ex ædibus promissoris vento tegulæ dejectæ damnum vicino dederint, ita eum teneri, si ædificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum, vel quâ alia ratione, quæ vim habet divinam. Labeo et rationem adjicit : quod si hoc non admittatur iniquum erit.... » (1). Ce serait en effet injuste. La faute du propriétaire n'apparaît pas, et on ne peut pas le rendre responsable d'une faute qui peut-être n'existe pas.

Là *cautio damni infecti* marque donc une transformation complète dans la manière d'envisager le *damnum infectum*. Dans l'ancien droit, le dommage prévu réalisé ne donnait lieu qu'à l'application du principe de l'obligation noxale. La chose auteur du dommage, les décombres étaient affectés à sa réparation. Le propriétaire était étranger à l'événement, il échappait à toute action. Il n'en est plus ainsi sous l'Empire. L'idée de faute a pris un développement considérable, elle a envahi tout le droit. Dans le cas d'un *damnum infectum* elle a fait admettre la responsabilité du propriétaire et déterminé son intervention. Dès ce moment, l'obligation devient personnelle. Le pro-

(1) Ulp. L. 24 §§ 3, 4. Voir aussi les §§ 3, 9 et le L. 43 pr. De dam. inf.

priétaire doit entretenir son immeuble de façon à éviter tout dommage ; s'il ne le fait pas, il doit s'engager à le réparer. C'était un progrès nécessaire. Sous le système des actions noxales, dans le cas d'un *damnum infectum*, l'honnêteté était soulevée par la disproportion qui existait entre le dommage et sa réparation. La *cautio damni infecti* répondait à un véritable besoin : voilà pourquoi elle a été créée par le préteur.

Aussi dès le début, a-t-elle été reçue avec grande faveur. Non seulement elle a supplanté l'ancienne *legis actio* et l'action *aquæ pluvix arcendæ*, mais elle est devenue d'un usage courant. Toutes les fois qu'un danger était à craindre, soit par suite de mauvais état, soit par suite de réparations, d'élévation, etc., il y avait lieu à prestation de *cautio*. Souvent les propriétaires à propos d'un mur commun se donnaient des *cautiones* réciproques. « Inter quos paries communis est ædificiorum nomine, quæ quisque propria habet, stipulari damni infecti solet; sed tunc ea cautio necessaria est, cum aut alter solus ædificat, et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora ædificia habet, et plus damni sensurus sit decidente pariete : alioquin, si æquale periculum est, quantum quis vicino præstat, tantum ab eo consequitur. » (1)

### Section troisième

#### DATE DE LA CAUTIO

Avant de poursuivre cette étude de la *cautio damni infecti* dans ses rapports avec les actions noxales et la loi Aquilia, il sera utile de chercher à fixer la date de son introduction. Nous sommes mal renseignés là-dessus. Tout ce qu'on peut affirmer, c'est qu'elle était relatée dans l'Edit perpétuel de Julien sous le

(2) Pomp. L. 39, pr. De dam. inf.

règne d'Adrien, mais elle lui était antérieure. Julien en parle comme d'une institution existant depuis un certain temps et parfaitement établie. Pour moi, je la placerais volontiers un peu avant Auguste.

Si nous nous rappelons d'un côté quelle part ont eue, dans la naissance de cette *cautio*, les idées de faute et d'équité, et d'un autre côté la longue évolution de ces idées dans le droit romain et l'influence qu'elles ont eue sur lui à la fin de la République, nous pouvons, sans trop d'erreur, placer son introduction à cette époque. Nous avons vu que c'était à un ami de Cicéron, à Aquilius Gallus, que nous devons la formule de la stipulation Aquilienne et l'action *de dolo*. Il y a de grandes analogies entre ces trois systèmes, non seulement de fond, mais de forme. La *cautio damni infecti* ne doit pas être de beaucoup postérieure aux deux autres.

Il y a cependant une institution très voisine de la *cautio damni infecti*, comme but et comme procédé, la *cautio usufructuaria*, qui paraît être postérieure. Tout le titre du Digeste *Usufructuarius quemadmodum caveat*, Livre VII, Tit. IX, est composé de fragments empruntés aux jurisconsultes classiques. Il semble pourtant naturel que ces deux actions qui se touchent de si près et comme but, prévenir un dommage éventuel, et comme procédé législatif, soient contemporaines. Je n'en place pas moins la *cautio damni infecti* avant la *cautio usufructuaria*, comme date ; car, si nous la rattachons à l'idée d'équité, la négligence du propriétaire à réparer son immeuble et le dommage qui pouvait en résulter ont dû présenter un caractère bien plus vif d'injustice, heurter plus violemment les sentiments d'honnêteté des Romains, que dans le cas d'un usufruit. Dans la *cautio damni infecti*, ils'agit de deux individus n'ayant entre eux aucun rapport personnel, dont l'un est obligé de subir sans recours la mauvaise volonté périlleuse de l'autre. Dans la *cautio usufructuaria*, il s'agit de personnes ayant probablement des rapports de parenté, et que rapprochent dans tous les cas, un

droit commun sur le même objet. De plus, au bout du compte, l'usufruitier a aussi bien intérêt que le nu-propiétaire à voir l'objet de son usufruit se conserver en bon état, et ne devra pas chercher à le déprécier. Enfin, l'établissement sur un bien d'une nue-propiété et d'un usufruit séparés, a toujours pour origine une succession ou une donation, un acte à titre gratuit; et, quand bien même le droit du nu-propiétaire serait amoindri par l'usufruitier, il aurait encore du bénéfice. Si par hasard l'usufruit résultait d'un acte à titre onéreux, d'une vente par exemple, le nu-propiétaire aurait certainement pris les garanties nécessaires à la sauvegarde de son droit. Il est donc tout naturel que la *cautio damni infecti* ait apparu avant la *cautio usufructuaria*, et la date de cette dernière est même une raison pour faire reporter celle de la première aux derniers temps de la République.

La *cautio usufructuaria*, en effet, doit dater du premier siècle de l'Empire. Il s'est produit, un peu avant l'Edit perpétuel, une transformation profonde des notions romaines sur le mélange des droits réels et des droits personnels. La propriété, dans l'ancien droit romain, est impuissante à produire de plein droit l'obligation. Il n'en est plus ainsi dans le droit nouveau (1). La *cautio usufructuaria* comme la *cautio damni infecti* sont évidemment antérieures à cette transformation. A l'époque où elles sont nées, la séparation de la propriété et de l'obligation subsiste toujours. C'est ce qui explique le procédé du prêteur et la nécessité de la stipulation. L'obligation résultant du droit de propriété a besoin, pour être sanctionnée, de revêtir la forme d'une obligation personnelle. Il n'en serait pas ainsi dans le droit nouveau (2).

(1) Voir Ihering : *l'Esprit du Droit Romain*, p. 178 et suiv.

(2) Avant de terminer cette étude de la *cautio*, il faut mentionner une seconde hypothèse dans laquelle elle peut être demandée. Il s'agit d'un individu qui est obligé de faire des travaux sur le fonds de son voisin, par exemple, pour réparer un aqueduc, pour enlever des constructions qu'il y avait faites. Il doit s'engager à réparer le dommage qui pourrait résulter de ces travaux. Voir au Digeste L. 9 § 1; L. 15, ad exhibend.; L. 19 § 4, Loc.; L. 9 § 3; L. 30 de dam. inf. Cette hypothèse ne présente pas d'intérêt au point de vue des principes, il est inutile de s'y arrêter.

Un autre élément intervient pour aider à la fixation de la date de l'introduction de la *cautio damni infecti*. Une loi *Rubria*, qui se place entre les années 705 et 712 de Rome, fait pour la première fois mention d'une opération analogue. Cette loi, qui s'appliquait à la Gaule Cisalpine, parle d'une stipulation intervenue sous la pression du magistrat, entre deux individus, pour assurer la réparation d'un dommage à craindre. Cette stipulation paraît avoir été introduite à Rome par le préteur pérégrin et imposée entre pérégrins. C'est ce que laisse supposer une formule qui y est insérée : « *Judex esto*. Sei, antequam id judicium quâ de re agitur factum est, Q. Licinius damnei infectei eo nomine quâ de re agitur eam stipulationem, quam is quei Romæ inter peregreinos jus deicet in albo propositam habet, L. Seio repromeississet : tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio, dare facere oporteret ex fide bona, dum taxat sestertios. . . . . ejus judex. Q. Licinium L. Seio si ex decreto II viri IV viri præfective Mutinensis, quod ejus is II vir IV vir præfectusve ex lege Rubria, seive id plebiscitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine quâ de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato ; si non paret absolve. » (Lex Rubria cap. XX).

Il est donc probable que la *cautio damni infecti*, après avoir apparu dans les provinces et à Rome dans la juridiction pérégrine où le magistrat avait une latitude incomparablement plus grande pour interpréter et pour faire la loi, passa dans la législation romaine et fut appliquée entre citoyens Romains. Cette observation vient renforcer nos conclusions et confirmer la date approximative que nous avons donnée.



## CHAPITRE III

### DE L'OBJET DES TROIS SYSTÈMES

#### SECTION PREMIÈRE

##### LES ACTIONS NOXALES ET LA *CAUTIO DAMNI INFECTI*

#### § I. — Avant la prestation de la *Cautio*

C'est l'idée d'équité qui a déterminé la création de la *cautio damni infecti*. Du jour où, sous l'influence des sentiments d'équité, le prêteur a pensé qu'il y avait lieu d'obliger l'auteur d'un dommage à le réparer, la solution qui s'est présentée dans la combinaison des idées juridiques, a été de lui donner le choix entre la réparation et l'abandon noxal. La propriété ne suffit pas à faire naître une obligation. Mais comme cette propriété constitue un danger, le prêteur intervient et, en vertu de son *imperium*, lui dit : « Puisque vous ne voulez pas reconnaître en votre personne l'obligation, qui, moralement, devrait naître de votre propriété, cette propriété vous sera enlevée. » Et la réalisation de la menace ne se fait pas attendre.

Je refuse de faire devant le prêteur la stipulation qu'il me demande, c'est-à-dire de m'engager à réparer le mal causé si le danger prévu se réalise, en un mot, de fournir la *cautio damni infecti*. Par un premier décret, le demandeur est envoyé en possession de tout ou partie de l'immeuble voisin. Il ne s'agit là toutefois que d'une mesure conservatoire. Il est envoyé en

possession *vice cautionis*. S'il persiste dans mon refus, un second décret est rendu au bout d'un temps variable fixé selon les circonstances, qui transforme la possession passagère de mon voisin en une possession définitive, et lui donne un juste titre, au moyen duquel il marche sans craindre aucun trouble vers la propriété, par l'*usucapion*.

Tant que nous sommes seulement sous le coup du premier décret, il suffira, pour reprendre la possession de notre chose, de fournir la *cautio* exigée et de rembourser les dépenses légitimement faites par l'envoyé. Mais après le second décret, le titre de l'envoyé est définitif, l'offre de la *cautio* n'a plus de valeur. Maynz prétend même que, dans le droit nouveau, la *missio ex secundo decreto* transfère au *missus* tous les droits que le défendeur avait sur la chose, et par conséquent la propriété, si tant est qu'elle appartenait à ce dernier (1). Il cite à l'appui de cette opinion un certain nombre de textes du Digeste, dont il me semble exagérer la portée.

Le but du prêteur est d'arriver à la réparation du dommage s'il se réalise, et pour cela de déterminer l'obligation personnelle du propriétaire, une stipulation. L'idée de faute, qui est le principe de l'obligation du propriétaire, le sentiment de l'équité qui l'inspire, ne peuvent permettre une autre interprétation. Le délaissement n'est qu'une *facultas solutionis*, un hommage aux principes du droit civil que l'on tourne. La séparation des idées de propriété et d'obligation s'opposait à la naissance d'une action contre le propriétaire, on lui a demandé de s'obliger, mais on lui a permis de délaisser. La *cautio damni infecti* est donc une obligation facultative.

En est-il de même pour les actions noxales, et sommes-nous en présence d'une obligation *alternative* ou d'une obligation *facultative*? La question paraît plus douteuse et divise les interprètes. Trois systèmes sont en présence.

Dans un premier, l'obligation est *facultative*, mais c'est

(1) Voir Mainz: *Cours de Droit Romain*, t. II, p. 524, note 15.

l'amende qui est *in obligatione*, et l'abandon noxal n'est qu'une *facultas solutionis*. Ce système s'appuie sur des textes assez nombreux (1) qui semblent désigner l'amende comme l'objet direct de l'action, et le droit de se libérer par abandon noxal, comme une faveur accordée au débiteur. Mais M. Girard fait remarquer avec raison qu'il y a un certain nombre de ces textes qui ne visent pas l'obligation noxale elle-même, mais l'obligation d'exécuter le jugement, qui la remplace après la condamnation. Il faut donc les écarter. Quant aux autres textes, il ne faut pas s'en rapporter absolument à eux, car il y a d'autres passages des mêmes auteurs qui mettent justement au premier plan l'obligation de *dedere*, de faire l'abandon noxal.

Pour concilier ces deux ordres de textes, le second système fait de l'obligation noxale une obligation *alternative*, ayant pour objet soit le paiement de l'amende, soit l'abandon de la chose. C'est là l'opinion soutenue par M. Girard dans son étude sur les actions noxales, et il appelle à son aide deux textes. Le premier est un texte de Gaius reproduit aux Institutes de Justinien (Com. IV, tit. 9, pr.) où il dit que « *licet aut litis æstimationem sufferre aut noxa dedere* ». Le second est un texte d'Ulpien qui signale la même alternative comme établie par la loi des XII Tables : « *quæ lex voluit aut dari id quod nocuit, id est, animal quod noxiam commisit, aut æstimationem noxiæ offerre* » (2).

Pour moi je n'accepte ni l'un ni l'autre de ces systèmes, et je crois que l'obligation noxale est une obligation facultative ayant pour objet la *deditio noxalis*, et comme *facultas solutionis* la réparation du dommage.

Et d'abord en ce qui concerne les textes invoqués par les deux premiers systèmes, je remarquerai que si l'on veut baser uniquement sur eux son opinion, ils sont singulièrement contra-

(1). Instit. IV, 9 pr. — IV, 8 § 2. — L. 1 pr. D, 9, 4. — L. 20, § 5, D3., 5,3.— L. 8, § 1 D. 42, 1.

(1) L. 1 pr. D. 9,1.

dictoires. Chaque système y trouve appui, et la confusion qui en résulte leur enlève singulièrement de valeur.

En second lieu, les textes cités à l'appui des deux premiers systèmes sont loin d'être probants. Les textes, qui paraissent les plus nets en faveur du premier, sont justement ceux qui visent non pas l'obligation noxale elle-même, mais l'obligation qui résulte du jugement après la condamnation. Or il est évident pour tout le monde, qu'à ce moment-là l'objet de la nouvelle obligation est l'amende. Quant aux autres textes qui s'appliquent à l'obligation elle-même avant toute novation, ils décident que le défendeur peut éviter la *litis æstimatio* par l'abandon noxal. Il est un peu excessif de ne voir dans cette formule qu'une *facultas solutionis* accordée au défendeur. M. Girard se refuse à accepter cette interprétation, et il faut au moins reconnaître que les textes invoqués ne forment pas une raison suffisante en l'absence d'autres preuves, pour accepter cette solution.

Au point de vue strict des textes, le même raisonnement peut être reproduit contre le deuxième système, celui de l'obligation *alternative*. En fait, et M. Girard le reconnaît lui-même, l'action noxale a le caractère d'obligation facultative : « Jusqu'à la *litis contestatio*, dit M. Girard, elle a pratiquement les effets d'une créance où l'abandon noxal serait *in obligatione* et l'amende seulement *in solutione*, puisque le débiteur est libéré par l'impossibilité de l'abandon noxal, et qu'il peut se soustraire à cet abandon en payant l'amende » (1). Gaius et Ulpien ne font donc dans les deux textes que nous avons déjà cités, que constater ce fait, que le résultat pratique de l'action noxale est de donner le choix au défendeur entre la réparation du délit et l'abandon. Si ces deux juristes avaient voulu définir le caractère juridique de cette action, ils auraient certainement employé une formule plus précise, mieux assurée leur pensée.

(1) *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, Juillet-Août 1887, p. 449.

Et puisque la discussion est inévitablement engagée sur les textes qui se rapportent à notre sujet, il nous sera permis de faire remarquer que, en face de l'indécision et de l'insuffisance des textes favorables aux deux premiers systèmes qui indiquent plutôt « un courant de la doctrine de leur temps et ne déterminent pas du tout les véritables traits d'une obligation dont le caractère juridique était arrêté depuis des siècles » (1) en face de cette indécision, dis-je, les textes, qui corroborent notre opinion, ont une bien plus grande netteté : « Noxalis actio est nec debuit ex maleficio servi in plus teneri quam ut noxæ eum dedat » (2). C'est la valeur de l'auteur du délit qui détermine l'étendue de l'obligation. Paul rapporte la même opinion exprimée par Sabinus : « Sabinus noxale iudicium dandum ait nec factum servi domino obesse debere nisi hactenus ut ipsi careat » (3).

Mais si nous entrons dans l'exposé du système des actions noxales, nous verrons encore mieux s'effondrer les théories contraires. Il me semble difficile, si l'on admet, comme M. Girard, que le sentiment de la vengeance, et même de la vengeance enfantine qui nous fait révolter contre les causes naturelles, qui nous fait battre le mur contre lequel nous nous sommes heurtés, qui faisait battre la mer par Xerxès, si l'on admet, dis-je, que ce sentiment de vengeance ait été l'origine des actions noxales, il me semble difficile d'en faire sortir une obligation personnelle contre le propriétaire de l'auteur du délit. Dans les temps primitifs, la victime s'emparait de l'être qui lui avait causé préjudice et se vengeait sur lui du mal qu'il lui avait fait. Pour concilier les droits de l'individu lésé et ceux du propriétaire de l'esclave ou de l'animal auteur du délit, les premiers essais de législation introduisirent une transaction, une composition. La victime avait droit à la réparation du dommage,

(1) Girard, *Nouvelle Revue historique* 1887, p. 442, note 3.

(2) Ulp. L. 2, pr. D. 9,4.

(3) Paul L. 2, D. 2,10.

rien ne lui était dû au delà. Il était donc injuste de faire subir au propriétaire innocent la perte d'un esclave ou d'un animal dont la valeur pouvait être infiniment supérieure au dommage causé, tandis que la victime y trouvait un enrichissement auquel elle n'avait aucun droit. C'était de plus une prime à la mauvaise foi, car il suffisait de soudoyer un esclave pour se procurer ainsi un bénéfice assuré, et le fait se produisit fréquemment, pour ce motif ou pour d'autres, dans la société romaine. On permit donc au propriétaire d'échapper à cette nécessité par la réparation volontaire du dommage causé. Le propriétaire n'était pas tenu personnellement, — nous avons vu que dans l'ancien droit la propriété est impuissante à engendrer de plein droit une obligation, — il n'était tenu que *propterrem*. Il devait l'abandon de l'objet. En bonne justice, on admet qu'il lui suffirait de réparer le dommage causé, dommage au delà duquel la victime ne pouvait rien réclamer équitablement, mais c'était là une simple faculté, une faveur qui lui était faite.

Le même caractère se retrouve dans la législation des actions noxales dans le droit romain tout entier. La première condition, pour être tenu de l'action noxale, est de posséder l'esclave délinquant ; il faut, de plus, l'avoir *in potestate*, c'est-à-dire à sa disposition et pouvoir le livrer. C'est en effet l'abandon noxal qui est exigé et non autre chose. Si l'esclave est en voyage ou en fuite, s'il a été affecté à un créancier gagiste et que l'argent manque pour le dégager, le possesseur ne sera pas tenu. (1) C'est tellement à raison de l'objet lui-même, le caractère de faute de la part du propriétaire est tellement absent de l'obligation, que, tant que l'action noxale n'a pas été intentée, elle ne se fixe pas. Si l'esclave est abandonné, s'il est *derelictus*, l'action ne s'exerce contre personne. Elle s'éteint s'il vient à mourir. (2) Tant qu'elle n'est pas exercée, elle suit l'esclave et passe

(1) L. 7 ; L. 21 § 1 ; L. 22 § 2. De nox. act.

(2) L. 39 § 4 ; L. 42 § 1. De nox. act.

avec lui contre chaque nouveau possesseur : *noxæ caput sequitur*.

Une observation de M. Girard me semble devoir résoudre la controverse qui s'est élevée sur l'objet de l'obligation noxale. Je crois que les textes qui font du paiement de l'amende l'objet de l'obligation noxale, indiquent plutôt, comme le dit M. Girard, « un courant de la doctrine de leur temps et ne déterminent pas du tout les véritables traits d'une obligation dont le caractère juridique était arrêté depuis des siècles ». Nous avons vu que dans le droit nouveau, l'idée de faute avait pris une importance extrême, au point d'affecter tous les rapports juridiques.

Il y a, à mon avis, une tendance à substituer dans les actions noxales l'idée d'obligation personnelle à l'idée d'obligation *propter rem*. Il ne faut pas qu'on m'accuse de confondre ces deux idées. Pour moi elles sont absolument opposées. Mais on admettra facilement, ce me semble, que le système des actions noxales n'est pas le fait d'une civilisation avancée. Il faut, pour qu'il se produise, la séparation profonde qui existait entre les droits réels et les droits personnels, entre la terre et l'homme, dans le vieux droit romain, c'est-à-dire dans une civilisation rudimentaire. L'action incessante de l'homme sur la terre, ses rapports incessants avec les animaux qui l'entourent, finissent, au bout d'une suite de siècles, par souder ces éléments opposés. La propriété suffit à faire naître une obligation dans la personne du propriétaire. Dans le droit de l'Empire, dans la réalité des faits, si un dommage était causé par un animal, la faute en était au propriétaire, qui ne l'avait pas surveillé. Par suite, si *juridiquement* il n'était pas responsable, moralement et logiquement, il aurait dû l'être. Et je crois que c'est sous l'influence de cette idée que certains jurisconsultes ont décidé que l'abandon noxal n'était qu'une *facultas solutionis*, car cette solution me paraît incompatible avec l'idée de l'obligation *propter rem*.

Ce n'est donc pas à titre de propriétaire, mais comme simple possesseur, que le maître de l'esclave est tenu de l'action noxale. Aucune action n'existe dans sa personne. L'action a uniquement pour objet *l'abandon de l'esclave*; c'est à celui qui tient l'esclave en sa possession que l'on doit naturellement demander cet abandon. On lui donne, par faveur et par une raison d'équité,

la faculté de dédommager la victime et de garder l'esclave ; mais voir dans cette faculté une obligation, c'est dépasser l'intention du législateur. Le possesseur ne doit pas l'amende, il ne doit pas ou la *deditio*, ou l'amende, il doit l'objet lui-même, l'esclave, mais il lui est permis de se libérer en réparant el préjudice. M. Girard, dans le passage que nous avons cité plus haut, dit que le *débiteur est libéré par l'impossibilité de l'abandon noxal*. Comment peut-il alors y avoir obligation alternative ? Qu'est-ce qu'une alternative qui n'a qu'un terme ? Si l'obligation est alternative, le possesseur doit ou l'abandon, ou l'amende. L'abandon devenant impossible sans qu'il y ait eu interpellation du créancier, naturellement l'obligation n'a plus qu'un objet : l'amende. Or tous les textes du Digeste le repoussent. Une seule solution est possible. L'obligation noxale est *facultative*. Elle a pour objet la *deditio noxalis* et comme *facultas solutionis* l'amende (1).

Nous arrivons donc à un résultat opposé à celui de la *cautio damni infecti*. Tandis que l'objet de celle-ci est l'obligation du propriétaire pour qui le délaissement n'est qu'une *facultas solutionis*, l'obligation noxale a pour objet la chose elle-même, son abandon. On voit quelle transformation le développement de l'idée de faute a amenée dans l'hypothèse du *damnum infectum*. Primitivement, c'est le principe de l'obligation *propter rem* qui lui a fourni sa sanction. Dans le droit nouveau, la prestation de la *cautio* a justement pour but d'éviter le recours insuffisant des actions noxales. Ainsi donc, avant la *litis contestatio* au moins, dans le système de la *cautio*, l'obligation est facultative et a pour objet la réparation du dommage ; l'obligation noxale est facultative également, mais a pour objet l'abandon de la chose.

Il est évident que ce que nous venons de dire sur la noxalité s'applique également à l'action née de la loi Aquilia, quand elle

(1) C'est l'opinion professée par M. Accarias : *Précis de droit romain*, §§ 884 et suiv. § 545 T. II, p. 312, note 1.

est donnée noxalement. Il y a cependant une particularité à noter. On refuse l'action *legis Aquiliæ* contre le possesseur qui n'est pas propriétaire, et on la donne contre le propriétaire qui ne possède pas.

## § II. — Après la prestation

La différence qui se produit entre la *cautio damni infecti* et les actions noxales avant la *litis contestatio*, se prolonge après la prestation de la *cautio*. De cette prestation naît une obligation personnelle qui lie irrévocablement le stipulant. Jusqu'à ce moment-là, il avait la ressource du délaissement s'il voulait éviter l'obligation. Cette faculté disparaît. Dans l'action noxale, au contraire, le droit d'abandonner la chose subsiste après la *litis contestatio*. Le défendeur, au lieu d'être tenu *propter rem*, devient *personnellement* obligé au paiement de la *litis æstimatio*. Mais l'abandon noxal subsiste comme *facultas solutionis* (1) jusqu'à l'exercice de l'action *judicati* (2). Il est vrai que la situation du défendeur est aggravée. Avant toute condamnation, celui-ci doit simplement le transport des droits qu'il a sur l'esclave, et rien de plus. Mais si une condamnation a été prononcée, l'abandon doit porter sur la propriété elle-même libre des droits réels (3).

La *cautio damni infecti*, du moment où elle est prestée, présente un caractère d'obligation personnelle pure et simple. Elle dérive d'une stipulation et donne naissance à une action *ex stipulatu*. Nous avons vu plus haut quel rôle y jouait l'idée de faute, de responsabilité. La stipulation sera commise ou non, suivant que le dommage se sera réalisé par ou sans la faute du propriétaire, qu'il aura pu ou n'aura pas pu l'empêcher de se produire. L'obligation primitive, l'obligation à s'obliger a

(1) L. 6 § 1 De re judic. 42, 1.

(2) L. 20 § 5 De hered. petit. 5, 3.

(3) L. 69 de sol. 46, 3.

pris corps par la stipulation. Toute idée de noxalité a disparu.

La sanction que les actions noxales avaient fournie dans l'ancien droit au *damnum infectum*, a cependant laissé des traces dans le système de la *cautio*. La formule de la *cautio* exprime formellement que les droits ou obligations des parties se transmettront à leurs successeurs : « Adjicitur in hâc stipulatione et *heredum* nomen vel *successorum*, *eorumque*, *ad quos ea res pertinet* : *successores* autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi qui in rei tantum successerint, his verbis continentur. » (1) La formule comprend ainsi, sous le nom de successeurs, même les ayants cause à titre particulier. La propriété est donc sauvegardée, et le dommage venant à se produire après l'aliénation de l'un des immeubles, la stipulation produit tous ses effets entre les propriétaires actuels. L'obligation noxale se fixe sur la même personne par le *litis contestatio*, la prestation de la *cautio* fait naître une obligation personnelle, mais qui se transmet expressément à tous les successeurs de l'obligé, et particulièrement aux ayants cause à titre particulier, qui acquièrent des droits sur l'immeuble. Il semble que le caractère de l'action noxale, de l'obligation *propter rem*, se retrouve un peu dans cette conséquence.

### § III. — Justification des deux Systèmes

La différence que nous avons établie entre les actions noxales et la *cautio damni infecti*, trouve son explication légitime dans la nature des faits auxquels elles s'appliquent. L'obligation noxale reste toujours *propter rem*, non seulement après la *litis contestatio*, mais même, en un sens, après la *condamnatio*, parce que les faits générateurs de l'obligation sont antérieurs à l'action. Le délit donne naissance à un droit sur l'esclave. Les deux éléments du droit, le préjudice causé, et l'esclave auteur du délit

(1) Ulp, L. 24 § 1 De damno infecto 30, 2.

ne varient pas. Le droit se fixe dans toutes ses parties. Le délit représente un intérêt de *cent*, et, tant au moment où il a été commis qu'après, ce chiffre de *cent* est représenté par l'esclave. Cet esclave reste le même, c'est lui qui m'est dû. Il sera toujours à la fin de l'instance ce qu'il était au début. A moins qu'il n'ait été détérioré par son propriétaire, mais j'aurais alors contre celui-ci l'action de dol, ou qu'il n'ait dépéri par cas fortuit, mais alors pourquoi son propriétaire, qui est innocent et qui subit déjà une perte du fait de l'esclave, en supporterait-il une plus grande à mon bénéfice. Le principe de l'obligation *propter rem* doit permettre jusqu'au bout l'abandon noxal. Le demandeur ne peut se plaindre, puisque c'est là l'objet de sa demande.

Il n'en est pas de même pour la *cautio damni infecti*. Dès le début, l'objet de la demande est la réparation du préjudice possible. Pour obtenir ce résultat, il a fallu obtenir du propriétaire une promesse par laquelle il s'engageait à réparer ce préjudice. La faculté qui lui était laissée d'abandonner son immeuble n'était qu'une mesure de faveur que commandaient les principes du droit civil. L'obligation, dès le début, n'avait pour objet que la réparation du dommage. A plus forte raison ne peut-elle avoir d'autre objet quand elle a été transformée, quand le propriétaire l'a faite sienne par son intervention.

L'équité est d'accord ici avec les principes. Au moment où je fournis la *cautio*, l'immeuble est encore en bon état, et de faibles dépenses pourront prévenir le danger qui menace mon voisin, et c'est peut-être la raison qui me fait préférer la prestation de la *cautio* à l'abandon de l'immeuble. Mais cet état de choses peut changer. Je laisse détériorer mon immeuble qui bientôt ne forme plus qu'une ruine. Il serait trop commode que, à ce moment-là, je puisse me libérer de mon obligation par l'abandon de cet immeuble. Le sentiment d'équité, l'idée de faute que nous avons vus intervenir dans la naissance de la *cautio damni infecti*, s'y opposent. J'ai eu le choix au début entre deux solutions : la stipulation ou l'abandon. J'ai choisi celle qui m'a paru la plus avantageuse. Quand, par ma faute, l'opération a mal

turné, quand j'aurais joui peut-être pendant longtemps de mon immeuble sans y faire les moindres réparations, il serait étrange que je puisse dire à mon voisin : Je préfère décidément vous laisser mon immeuble, je retire ma promesse, prenez ma maison. Je suis intervenu personnellement dans les relations de ma propriété avec celle de mon voisin. J'ai fait mienne l'obligation qui en naissait. C'est donc moi qui suis tenu.

Il n'en est pas de même de la *cautio usufructuaria*. Cette stipulation a pour but de sauvegarder les droits du nu-propriétaire, en lui donnant une action en réparation des dommages causés par l'usufruitier. Elle est une condition de l'entrée en jouissance. Mais l'usufruitier n'est pas tenu comme dans le cas d'un *damnum infectum*. A un moment quelconque, il lui suffit de renoncer à son usufruit, pour que la *cautio usufructuaria* s'évanouisse dans l'avenir. Le propriétaire du fonds qui menace ruine ne peut s'affranchir de son obligation pendant tout le temps pour lequel elle a été faite. Il est tenu jusqu'au dernier jour du terme. C'est qu'en effet le danger n'est pas le même qu'au jour de la stipulation. Par son inertie, sa négligence, le danger augmente tous les jours, et peut-être choisirait-il justement le moment où le danger est imminent, où l'immeuble va s'affaïsser, pour retirer sa promesse et faire l'abandon noxal. Ce qui reviendrait à supprimer la *cautio damni infecti*. Dans l'usufruit, le dommage se fait jour par jour et la *cautio* marche avec lui, pour mettre à la charge de l'usufruitier l'obligation de le réparer. La *cautio* n'a pas pour but une seule obligation résultant d'un événement déterminé, mais une multitude d'obligations qui s'ajoutent. Le retrait de la *cautio damni infecti* laisserait sans réparation le dommage causé par la détérioration de l'immeuble ; le retrait de la *cautio usufructuaria* par l'abandon de l'usufruit, laisse subsister les obligations qui sont déjà nées corrélatives aux détériorations produites. Son action ne cesse que dans l'avenir.

Et pourquoi l'usufruitier ne pourrait-il pas s'affranchir d'une

obligation qui lui pèse ? Elle a pour cause l'usufruit, commence avec lui, s'éteint avec lui. L'usufruitier a bien le droit de renoncer à son usufruit. Voudrait-on, sous prétexte que l'obligation est personnelle et que sa seule volonté ne peut suffire à l'y soustraire, le forcer à garder un usufruit dont il ne veut plus ? Cela ne pourrait être qu'autant que sa détermination porterait préjudice à un tiers, et ce n'est pas le cas. Le nu-propriétaire ne peut pas se plaindre de la cessation d'un droit qui limitait le sien, qu'il redoutait même puisqu'il avait pris une garantie contre lui. La *cautio* n'avait pas d'autre caractère. Elle était une garantie de ses droits, à lui nu-propriétaire. La cause de lésion venant à cesser, la garantie doit cesser aussi. Par l'effet de la renonciation de l'usufruitier, les deux parties se trouvent par anticipation dans l'état où elles se seraient trouvées à la fin naturelle de l'usufruit. Le nu-propriétaire ne peut s'en plaindre, puisqu'il augmente ses droits. C'est lui qui bénéficie de l'opération, il n'a pas à s'y opposer.

On aurait tort d'établir, à ce point de vue, une assimilation entre les deux *cautiones* que nous étudions, et de dire que dans la *cautio damni infecti* on se trouverait, par le retrait de la *cautio* et l'abandon de l'immeuble, dans la situation qui se produira à l'époque fixée comme délai à la durée de l'obligation. Sans doute, à cette échéance, l'immeuble menaçant ruine sera peut-être encore plus détérioré. Mais c'est là une conséquence du droit de propriété, et on ne peut le supprimer. Deux droits rivaux, les droits des deux propriétaires, sont en présence, il n'y a pas de raison pour sacrifier l'un d'eux à l'autre. La question change quand il y a une obligation personnelle. L'obligation personnelle est un lien de droit entre deux parties, l'une ne peut s'en affranchir au préjudice de l'autre.

SECTION DEUXIÈME

LA CAUTIO DAMNI INFECTI ET LA LOI AQUILIA

L'obligation à laquelle le prêteur veut donner la sanction de la *cautio*, l'obligation à s'obliger à la réparation du dommage, trouve donc son principe juridique dans l'idée de faute, de responsabilité du propriétaire. Si en fait, avant la prestation de la *cautio*, la valeur de l'objet limite jusqu'à un certain point l'indemnité, puisque le propriétaire peut délaisser son immeuble, la *cautio* une fois prestée, l'obligation est uniquement personnelle. Si auparavant elle a pu présenter quelque analogie avec l'obligation noxale par suite de la faculté de délaisser, elle s'en sépare complètement, pour se rapprocher au contraire de l'obligation de la loi Aquilia. Elle a pour objet unique une somme d'argent. « *In hac stipulatione venit, quanta ea res erit,* » dit Ulpien (1).

L'obligation née de la stipulation et celle née d'un fait puni par la loi Aquilia ont donc un même but, la réparation d'un dommage, à laquelle elles aboutissent de la même manière, par une indemnité pécuniaire. Mais elles diffèrent par la nature du fait qui les engendre, et l'étude de ces différences nous permettra d'insister sur le caractère de la *cautio damni infecti*.

Il faut remarquer tout d'abord que la *cautio* vise un fait futur qui peut ne pas se réaliser. L'obligation est donc conditionnelle. L'action de la loi Aquilia a pour point de départ un fait existant, qui a donné naissance à l'obligation.

La différence fondamentale qui existe entre la *cautio damni infecti* et l'obligation née de la loi Aquilia, consiste dans le caractère pénal de celle-ci. La loi Aquilia vise les faits dommageables de

(1) L. 28, pr. De damno infecto.

l'homme, les délits. Elle n'a pas seulement pour but la réparation du préjudice, elle contient une peine, la condamnation à la plus haute valeur de la chose dans le mois ou dans l'année qui ont précédé le délit. Et cette idée de peine se précise encore, si on se rappelle que l'action de la loi Aquilia est une de celles qui en cas d'*infittatio* emportent condamnation au double. Par suite, l'action de la loi Aquilia ne peut être exercée contre les héritiers de l'auteur du délit que dans la mesure de leur enrichissement. De même, il y a autant de condamnations pour le tout qu'il y a de délinquants. Enfin, à raison de son caractère pénal, elle est donnée noxalement.

Sur tous ces points, la *cautio damni infecti* s'éloigne de l'action de la loi Aquilia. Elle est une obligation purement civile, purement personnelle. Elle n'a pour but que la réparation stricte du préjudice et passe contre les héritiers du promettant.

Il ne faut pas conclure de là que l'idée de faute en soit absente. Nous avons vu qu'elle doit sa naissance, dans la législation romaine, au développement de cette idée. La faute de la loi Aquilia exige un acte positif, une intervention active de l'homme dans le délit contre un autre. La faute qui a inspiré la demande de *cautio* n'est que le plein exercice du droit du propriétaire. Libre à lui de laisser s'écrouler sa maison, mais il ne faut pas que cela cause un dommage à autrui. Si ce dommage se produit, il doit le réparer. Sa négligence est une faute qui ne doit pas donner lieu à une condamnation pénale, mais qui doit aboutir à une condamnation civile.

Le véritable principe du système de la *cautio*, au moins son principe moral est donc l'idée de faute. La procédure de la stipulation, la *missio in possessionem*, ne sont qu'un procédé pour mettre le droit prétorien d'accord avec le droit civil. Le seul but, le seul objet véritable de la procédure tout entière, c'est la réparation du préjudice. La noxalité n'est que le point d'appui sur lequel le préteur a fixé son système. C'est l'idée de faute, le sentiment de l'équité qui ont guidé son esprit.

Les textes abondent qui confirment cette idée. Nous en avons cité un certain nombre dans le second chapitre. On nous permettra de revenir sur cette idée. La prestation de la *cautio* ayant été fournie, la stipulation ne sera pas commise, si le dommage se réalise par une cause accidentelle indépendante du mauvais état des travaux. (1) Toute cause accidentelle survenant, soit un tremblement de terre, soit une inondation, soit un cas fortuit quelconque, la stipulation ne sera pas commise. Il faut donc que le dommage provienne du mauvais état de l'édifice, et la loi d'Ulpien, dont nous avons tiré ces textes, continue l'énumération des cas qui peuvent se présenter. (2)

Il ne faut pas conclure des textes que nous venons de rappeler, que si la ruine résulte d'une cause étrangère, cela suffira pour affranchir le promettant de son obligation. Il faut que la violence de la cause soit telle, que des édifices plus solides n'auraient pu y résister. Cette condition exigée par Labéon dans le paragraphe 4 plus haut cité, est confirmée par Cassius : « *Idem ait, si damni infecti ædium mearum nomine tibi promiserō, deinde hæ ædes vi tempestatis in tua ædificia ceciderint, eaque diruerint, nihil ex ea stipulatione præstari : quia nullum damnum vitio mearum ædium tibi contingit : nisi forte ita vitiosæ meæ ædes fuerint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint.* » (3) Il peut arriver également que l'édifice s'écroule par suite d'une détérioration produite par une des causes que nous venons de voir, par une tempête, par une inondation qui aurait rongé les fondements. La stipulation serait commise (4) parce qu'il n'y a là qu'une nouvelle cause qui s'ajoute à une autre et que le propriétaire aurait eu le temps, s'il avait voulu, de réparer ces nouveaux dégâts.

(1) Ulp. L. 23 § 3, L. 13. § 4, Du damn. inf.

(2) L. 23 §§ 3 à 22 h. h.

(3) L. 23 § 18 h. t.

(4) L. 24 § 5 h. t.

La même idée fait décider que la réparation ne sera pas due quand le dommage aura été causé par un tiers, et que le propriétaire n'aura pas pu l'empêcher. « *Quanquam autem stipulatio committitur cum vitio operis damnum factum sit : Tamen si opus factum est ab eo, quem promissor prohibere non potuit, stipulatio non committetur.* » Mais il est bien évident que si le promettant n'a pas voulu empêcher l'auteur du mal d'agir, ou si c'est à son instigation que celui-ci a agi, la stipulation sera commise. La fin du paragraphe le confirme : « *Plane si prohibere potuit, committetur. Sed si quis promissoris nomine fuerit, vel ejus pro quo promissum est aut alius qui prohiberi potuerit : stipulatio ista committetur.* » (1) Il y aurait même lieu dans ce cas à une action *de dolo*, contre le propriétaire qui aurait cherché ainsi à s'affranchir de son obligation.

### SECTION TROISIÈME

#### LES ACTIONS NOXALES ET LA LOI AQUILIA

La même idée de faute, qui se retrouve plus nette et plus grave dans l'action de la loi Aquilia, sépare encore plus cette action de l'action noxale que de la *cautio damni infecti*. L'action noxale ne comporte aucune peine. Elle repose bien sur un fait délictueux, sauf dans les cas spéciaux de l'action *de pauperie*, mais elle n'a pas le moins du monde pour but la punition de l'auteur du délit. Elle tend uniquement à la réparation du dommage causé par un esclave, une personne *alieni juris*, dans la limite de la valeur de cet individu. Le maître à qui elle s'adresse, n'est nullement coupable du fait pour lequel il est poursuivi, il n'est même pas tenu personnellement et n'a qu'à livrer l'auteur

(1) L. 23 § g h. t.

du délit pour se désintéresser complètement de l'affaire. L'action noxale est une action pénale ordinaire, détournée de son application ordinaire, de l'esclave auteur du dommage, sur le maître qui n'y est pour rien. C'est plutôt un procédé de procédure.

A ce titre et en raison de son caractère pénal, l'action de la loi Aquilia sera donnée noxalement. « *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat : ipse enim videtur dominus occidisse : si autem insciente, noxalis est : nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri quam ut noxæ eum dedat* » (1). Quoique l'idée de peine ne trouve pas son application dans le cas d'un maître innocent, le principe de l'obligation noxale nous conduira à admettre en faveur du demandeur un enrichissement possible, au préjudice naturellement du défendeur. L'action de la loi Aquilia donnée noxalement a pour objet, dans notre théorie au moins, l'abandon de l'esclave. Par une faveur particulière, le maître peut garder son esclave en réparant le dommage, en payant l'indemnité. Mais il doit cette indemnité telle qu'elle est calculée par la loi Aquilia, c'est-à-dire la plus haute valeur de la chose détruite ou endommagée dans l'année ou dans le mois qui ont précédé. Ce serait là la mesure de l'indemnité, si l'auteur du délit avait été un homme *sui juris*. Le maître préfère garder son esclave et payer l'indemnité ; il doit la payer tout entière.

Cette solution n'attaque pas le principe de la noxalité, de l'obligation *propter rem*. Le propriétaire n'est pas tenu au delà de sa chose. C'est cette chose elle-même qu'on lui réclame. A lui de choisir entre les deux partis qui lui sont présentés, l'abandon noxal et le paiement de l'amende, celui qui lui paraît le plus avantageux.

La grande différence en effet qui existe entre l'obligation noxale et celle née de la loi Aquilia, c'est que la première porte

(1) Ulp. L. 2 pr. De nox. oct.

sur la chose seule, est strictement limitée à la chose, tandis que l'action de la loi Aquilia dans son application directe est personnelle. Que l'objet de l'obligation noxale vienne à disparaître, l'obligation s'éteint avec lui : qu'il change de propriétaire, l'obligation le suit. L'obligation de la loi Aquilia pèse sur une tête, et elle n'en sortira pas. Nous ne pouvons nous étendre sur les différences qui découlent de la première. Le principe de l'obligation *propter rem* est assez connu. Nous l'avons étudiée longuement plus haut. Il ne sera pas difficile d'en tirer les conséquences.

## CHAPITRE IV

### DE LEUR SANCTION

#### SECTION PREMIÈRE

##### TITRE DE L'USUCAPION

Le *damnum injuria datum* et l'obligation noxale avaient leur sanction toute trouvée, dans les règles ordinaires de la procédure. La loi Aquilia aboutissait à une condamnation pécuniaire, pouvant procurer un bénéfice au demandeur, puisqu'elle s'élevait au plus haut prix que la chose avait atteint, soit dans l'année, soit dans le mois qui précédaient le délit, suivant les cas, laquelle condamnation pouvait être demandée par l'action *judicati*, et en cas de refus, exigée *manu militari*. De même, l'action noxale aboutissait, soit à une condamnation pécuniaire réclamée comme nous venons de le voir, soit à l'abandon de l'auteur du dommage, et, dans ce cas, le défendeur transmettait au demandeur tous les droits qu'il avait sur lui et ce dernier continuait la possession de son auteur, ou usucapait *pro noxæ dedito* (1).

Mais la *cautio damni infecti* donnait lieu à plus de difficultés. Si la *cautio* a été fournie, l'action *ex stipulatu* qui en naît nous est connue. Si le possesseur a préféré faire l'abandon noxal, il a transféré au demandeur ses droits sur l'immeuble, et nous

(1) L. 3 § 21. De acq. vel amitt. poss.

n'avons plus à nous en occuper. Où la question devient délicate, c'est quand le défendeur refuse à la fois de fournir la *cautio* et d'abandonner sa chose. Le décret du prêteur ne peut transférer directement la propriété. Il donne simplement la possession accompagnée d'un juste titre qui permettra d'usucaper et d'arriver sans crainte à la propriété. Il s'agit de savoir à quel titre se fera cette usucapion.

Il y a tout d'abord un certain nombre de titres, auxquels on peut usucaper, qui ne s'appliquent pas à notre hypothèse et que nous devons rejeter. Il est évident que le demandeur ne pouvait usucaper ni *pro emptore*, ni *pro dote*, ni *pro donato*, ni *pro legato*. Je crois également qu'il est difficile de voir, dans l'exécution de la *missio in possessionem*, une transaction acceptée par le défendeur, qui a préféré se laisser enlever la possession et faire ainsi l'abandon de ses droits, plutôt que de fournir la *cautio*. La transaction suppose un exercice de la volonté qui manque dans notre hypothèse. Nous pouvons donc également laisser de côté l'usucapion *pro transactione*, et chercher parmi les autres modes d'usucapion, celui qui doit fournir la solution de notre problème.

Le titre *pro derelicto* se rattache davantage à notre sujet. La faculté de délaisser l'immeuble qui est accordé au propriétaire, prête à cette idée une apparence de réalité. Mais je crois qu'il faut chercher ailleurs. Il est spécial à l'abandon d'une chose *a non domino*, et ce n'est pas le cas ici. Il n'y a même pas véritablement abandon, car, comme dans le cas précédent, la volonté manque. Et l'objet lui-même n'est pas *derelictus*. Jusqu'à l'envoi en possession prononcé par le magistrat dans son premier décret, le propriétaire reste non seulement propriétaire, mais possesseur. Après le second décret, il perd la possession, mais il garde la propriété jusqu'à l'accomplissement de l'usucapion. L'immeuble n'est donc pas délaissé, et ce titre ne peut s'appliquer ici.

L'usucapion *pro soluto* s'applique toutes les fois qu'un créan-

cier reçoit la tradition ou de la chose même qui lui est due, ou d'une autre chose qu'il veut bien agréer à sa place (1). Dans l'hypothèse qui nous occupe, il n'y a pas de tradition, puisque le défendeur se refuse à toute obligation et qu'il faut un décret du prêteur pour lui enlever sa possession. La même raison qui nous a fait écarter les titres *pro transactione* et *pro derelicto* se présente. Il y a manque de volonté de la part du propriétaire, refus de se prêter à toute opération conventionnelle ; le titre de l'usucapion ne peut venir de lui.

Si la liste des titres d'usucapion était épuisée, il faudrait bien nous rabattre sur celui qui est donné en l'absence d'autres, sur le titre *pro suo*. Ce titre est inhérent à toute possession *animo domini*. On pourrait définir le titre de la *possession pour elle-même*. Mais c'est là un pis aller, et de plus les exemples qui nous en sont fournis ne s'approchent guère de notre hypothèse de *missio in possessionem* pour refus de *cautio*. M. Accarias (2) le donne à l'usucapion d'un enfant né d'une esclave volée, achetée de bonne foi, et à celle d'une *res aliena* donnée par un père à un de ses enfants entre lesquels il a fait le partage de ses biens.

Nous avons laissé volontairement de côté dans la liste des titres que nous avons passés en revue, le titre *pro judicato*, et c'est dans celui-ci, je crois, qu'il nous faudra faire rentrer l'usucapion de l'immeuble objet de l'envoi en possession. Les interprètes sont peu d'accord sur la nature et l'objet de ce titre. Les exemples qui en sont donnés paraissent plutôt des hypothèses d'écoles, et encore ne sont-ils pas acceptés par tous. La seule chose que l'on puisse dire, c'est qu'il a pour but d'aider à compléter l'exécution d'une sentence judiciaire. Ne sommes-nous pas jusqu'à un certain point, dans un cas analogue ?

Sans doute dans notre hypothèse il n'y a pas eu d'instance en justice, et le prêteur, qui donne l'envoi en possession, ou le

(1) L. 46. De usurp. et usuc. Voir Accarias p. 591 note 1. *Précis de Droit Romain*.

(2) *Précis de Droit Romain*, p. 591 note 1.

magistrat qu'il délègue, ne doivent pas être confondus avec un juge ordinaire. Mais il me semble que si l'on envisage soigneusement dans son caractère, la procédure de la *cautio damni infecti*, elle rappelle dans beaucoup de ses parties l'instance judiciaire. Si nous prenons un cas de *damnum infectum*, une maison qui menace de s'écrouler sur le fonds voisin, nous voyons apparaître une obligation qui a pour objet la réparation du préjudice. Pour devenir efficace, elle a besoin de l'intervention du prêteur. Et, en cas de refus du propriétaire, l'envoi en possession définitive fait naître un droit sur la chose. Il ne faut pas assimiler le résultat produit par la décision du prêteur à celui produit par la *litis contestatio*. Mais il y a ici aussi apparition successive de deux droits. Il n'y a pas novation dans le sens juridique romain, mais il y a transformation d'un droit en un autre. La forme elle-même rappelle celle de l'instance. La double comparution devant le prêteur, et les deux décrets successifs, rappellent les deux phases de la procédure ordinaire devant le magistrat, devant le juge. Et le second décret du prêteur, qui sanctionne une obligation que le défendeur ne veut pas reconnaître, peut être assimilé sans trop de peine à la *condemnatio* prononcée par le juge. Le magistrat joue donc véritablement le rôle du juge. Le droit civil ne voulant pas reconnaître l'obligation qui résulte de la propriété, le prêteur n'a pu soumettre sa sanction aux formes ordinaires. Il a jugé lui-même. Son second décret est un véritable jugement. C'est lui qui fournit au demandeur la *justa causa usucapionis*. Celui-ci usucape au titre *pro judicato*.

L'usucapion ne commence qu'à partir du second décret. C'est lui qui fournit le juste titre. Le premier décret rendu par le prêteur ou le magistrat ne donne qu'une possession passagère à titre conservatoire. Il en résulte un droit de gage sur l'immeuble, et même dans le droit nouveau une hypothèque. Mais le délai, qui s'écoule entre les deux décrets, n'entre pas dans le délai exigé pour conduire à l'usucapion. Une possession essentiellement précaire ne peut conduire à la propriété.

## SECTION DEUXIÈME

### PROTECTION PROVISoire DE CETTE USUCAPION

La sanction donnée par le prêteur aurait été incomplète, s'il n'avait pas songé à l'entourer des garanties nécessaires. Le droit commun, du reste, fournissait ces garanties, qui permettaient au demandeur d'arriver, à l'abri de toute éviction, au terme fixé pour l'usucapion.

Et tout d'abord il pouvait arriver que non seulement le défendeur refuse de fournir la *cautio*, mais s'oppose même à la prise de possession. Le prêteur, et il avait seul ce pouvoir, donnait contre le défendeur une action *in factum* en dommages-intérêts. Voici le texte de l'édit : *in eum qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum præstet quantum præstare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo, ejusve cuius de ea re iuridictio fuit, quæ mea est, cautum fuisset*. Il y a donc une action *in factum* qui obéit à toutes les règles ordinaires de la matière et qui aboutit au résultat demandé, à la garantie de la réparation du dommage. Cette action peut être donnée, soit après le premier décret, soit après le second.

Laissons de côté cette hypothèse et plaçons-nous après la prise de possession définitive, accomplie sans obstacle et qui résulte du second décret. Il y a commencement de possession de la part du demandeur, et cette possession est troublée avant l'expiration du délai nécessaire à l'accomplissement de l'usucapion.

Les deux hypothèses qui peuvent se présenter sont celle d'une action en revendication intentée par le propriétaire et contre laquelle le possesseur a besoin d'opposer une exception, ou bien celle de la perte de la possession par le demandeur à la

caution, à qui il faut une voie de droit quelconque pour rentrer en possession.

**Première hypothèse.** — Le propriétaire dépossédé intente contre le possesseur une action en revendication, par laquelle il demande à rentrer en possession. Au point de vue du droit civil, sa demande est parfaitement légitime. Il a conservé son droit de propriété et sa demande en est l'exercice pur et simple. Il lui sera facile de prouver son droit, et si l'argumentation du défendeur se bornait à le nier, celui-ci courrait à un échec certain. Mais il n'aura qu'à opposer au demandeur l'exception résultant du décret du prêteur et il triomphera.

Il ne faut pas déduire de ce que le titre de l'usucapion est *pro judicato*, que l'exception invoquée par le défendeur sera l'exception *rei judicatæ*. Quelque analogie que la procédure de la *cautio damni infecti* présente avec la procédure de l'instance judiciaire, il y a cependant des différences dont il faut tenir compte. L'exception *rei judicatæ* est une exception parfaitement déterminée dans le droit civil avec ses règles et ses conditions spéciales, qui s'applique à une demande déjà déduite en justice, et ce serait la dénaturer que de l'appliquer ici.

Il y a toute une catégorie d'exceptions qui sont données par le prêteur pour sanctionner les dispositions de l'édit et qui n'ayant pas de nom spécial sont appelées *in factum*. C'est une exception de cette nature qui sera donnée et fera repousser l'action du demandeur. La formule pouvait présenter cette forme : *si paret illum fundum Auli Agerii ex jure Quiritum esse, neque is fundus arbitrato tuo restituatur, quod possessionis defendendæ causa ex decreto Prætoris secundum edictum factum non sit, judex, quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. A. A. condemna ; si non paret, absolve.*

**Deuxième hypothèse.** — Le possesseur *ex decreto Prætoris* peut, la concession commencée, être expulsé du fonds, et la

question à résoudre est de savoir quelles voies de droit lui sont offertes, pour recouvrer la possession. Et il y a ici une analogie complète à établir entre la prise de possession *ex causa damni infecti*, et la prise de possession par ordre du prêteur *ex causa noxali* pour mettre le demandeur à l'action noxale en position d'usucaper lorsque le possesseur ne défend pas l'esclave (1).

En attendant que l'usucapion soit accomplie, le possesseur par décret du prêteur aura l'action publicienne. C'est ce qu'un texte de Paul décide formellement, et comme il règle notre matière, il nous sera permis de le citer : « Non solum autem eum punit Prætor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, quum alioquin, si is qui jussu Prætoris cœperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus, aut ejectus inde fuerit, utile interdictum Undè vi vel Publicianam actionem habere possit. Sed in factum actione egerit, his actionibus experiri non potest, quum prætor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur » (2).

Nous avons donc trois moyens de recouvrer la possession perdue. L'interdit *Undè vi*, l'action publicienne, et enfin une action *in factum*, analogue à celle dont nous avons parlé au commencement de ce paragraphe. Le procédé le plus général est évidemment l'action *in factum*. Elle s'applique d'abord aux deux hypothèses, au refus de laisser entrer en possession et à l'expulsion de la possession déjà commencée. L'interdit *Undè vi* et l'action publicienne exigent au contraire un commencement de possession (3). De plus elle suffit à éteindre toute autre voie de droit, et ni l'interdit ni la publicienne ne peuvent être intentés si le dépossédé a commencé par l'action *in factum*. Le prêteur, en effet, se propose par cette action de préserver le demandeur d'une perte et non de lui procurer un bénéfice. La

(1) Africain. L. 28. De nox. act.

(2) L. 18 § 15. De damno infecto.

(3) Ulpien L. 1 § 6. De vi.

*condemnatio* répare le dommage qui lui a été causé, il n'a donc plus à réclamer autre chose.

En revanche l'action *in factum* survit à l'exercice de l'un des deux autres modes d'action. Le demandeur a beau avoir recouvré la possession, il n'en est pas moins résulté pour lui un préjudice dont il doit être indemnisé. Le prêteur veut punir le défendeur du trouble qu'il a apporté à la possession de son voisin, le texte de Paul le dit formellement, et c'est pour cela qu'il donne l'action *in factum*. Le demandeur, même après sa rentrée en possession, pourra donc poursuivre le défendeur et exiger de lui une somme d'argent, qui sera indemnité d'un côté et peine de l'autre.

L'exercice de l'action publicienne pourra donner lieu à des complications de procédure, qui d'ailleurs n'offrent pas de difficultés. A l'action, le propriétaire, si elle est exercée contre lui, opposera l'exception *justi domini*. Mais le demandeur aura la ressource d'une réplique qui viendra détruire l'effet de l'exception, et dont la forme sera analogue à celle de l'exception comprise dans la formule que nous avons donnée plus haut.

## CHAPITRE CINQUIÈME

### DES PERSONNES

#### SECTION PREMIÈRE

##### A QUI PEUT-ON DEMANDER LA CAUTIO, ET CONTRE QUI AGIR LEGE AQUILIA

Après avoir étudié l'obligation noxale, la loi Aquilia et le *damnum infectum* dans leurs rapports tant au point de vue de leur nature qu'à celui de leur sanction, il nous faut arriver à l'étude des personnes qui peuvent demander les actions qui en naissent, et de celles qui en sont tenues.

Les actions noxales ne sont, nous l'avons vu, que des actions ordinaires déviées d'une personne sur une autre. C'est une personne *alieni juris*, c'est un animal irresponsable, qui sont auteurs du délit. Comme ils n'ont pas d'existence civile, comme l'action ne peut-être donnée contre eux, on la donne contre le possesseur, et c'est pour cela qu'elles sont appelées *adjectitiæ qualitatis*. Elles n'ont donc pas de règles spéciales, ou plutôt chaque action suit les règles de sa forme ordinaire, l'action directe. Nous allons donc étudier dans un premier paragraphe quelles sont les personnes qui peuvent demander la *cautio damni infecti*, et quelles sont celles qui peuvent agir *lege Aquilia*. Dans un second paragraphe, nous verrons quelles sont les personnes contre qui on peut agir *cautione* ou *lege Aquilia*.

La *cautio damni infecti* peut être demandée par le propriétaire de l'immeuble menacé ou par les détenteurs de la garde

de la chose. « *Damni infecti stipulatio competit non tantum ei cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est.* » (1) C'est là une formule large et qui paraît dépasser celle que nous avons donnée. Ulpien est encore moins précis : « *Quisquis igitur juraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem. Et non inquiretur, utrum intersit ejus an non : vicinas ædes habeat, an non habeat? Totum tamen hoc jurisdictioni prætoris subjiendum, cui cavendum sit, cui non.* » (2) Ainsi donc, d'après Ulpien, tout le monde peut demander la *cautio* pourvu qu'il jure agir de bonne foi. De plus, la question est soumise à la juridiction du préteur. Il y a là deux restrictions dont il nous faudra tenir compte et qui vont rétrécir singulièrement la formule d'Ulpien. Celui-ci du reste s'empresse de restreindre sa pensée au paragraphe suivant : « *Cæterum; neque ei qui in meo deambulet, neque ei qui in meo lavet, vel in mea taberna divertat, cavendi debet.* » (3)

Le demandeur à la caution doit tout d'abord jurer qu'il n'agit pas par esprit de chicane. Il faut donc qu'il ait intérêt à agir, et par suite qu'un de ses droits soit en péril. Nous sommes déjà loin de la formule : *quisquis juraverit*. Quelles sont donc les personnes qui ont intérêt à la prestation de la caution ?

Il faut citer en première ligne le propriétaire, soit quiritaire, soit *in bonis*, de l'immeuble menacé. C'est évidemment lui qui a l'intérêt le plus immédiat, car il souffrira du dommage sans avoir aucun recours contre qui que ce soit.

Mais il y a encore d'autres personnes intéressées à réclamer la stipulation, et la loi 18 de Paul prend soin de les énumérer : « *Venditorem ædium priusquam possessionem tradat, stipulari oportet : quia hujus quoque rei culpam præstat* » (4). Le vendeur pourra donc exiger la caution tant que la tradition n'aura

(1) Paul L. 18 pr. De damno infecto.

(2) Ulp. L. 13 § 3. De damno infecto.

(3) Ibid. § 4.

(4) L. 18 § 8. De damno infecto.

pas eu lieu. Il est tenu de sa faute, et par conséquent a intérêt à la conservation de son fonds. C'est ce que confirme Paul : « *Venditor domus, antequam eum tradat, damni infecti stipulationem interponere debet ; quia antequam vacuum possessionem tradat, custodiam et diligentiam præstare debet : et pars est custodiæ diligentæque, hanc interponere stipulationem, et ideo, si id neglexerit, tenebitur emptori* » (1).

D'après les principes du droit romain, l'acheteur qui n'avait pas encore reçu la tradition ne courait aucuns risques ; aussi, d'une façon générale, n'avait-il pas le droit d'exiger la caution. Mais dans certains cas exceptionnels, ce droit lui était accordé. (L. 18 §§ 7 à 10 ; L. 38 pr. De damno infecto).

La formule d'Ulpien était ainsi singulièrement réduite, et on n'alla pas au delà de ces trois catégories d'individus au début de la *cautio*. Mais le cercle s'élargit peu à peu. Après de longues controverses entre les jurisconsultes, et par des étapes successives, le droit de demander caution fut étendu au locataire, à l'usufruitier, au superficiaire et au créancier gagiste (2). Le possesseur de bonne foi ne figure pas sur cette liste. Marcellus lui refuse ce droit formellement, et Ulpien semble partager son opinion : « *Ei qui bonâ fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere, Marcellus ait* » (3). La règle que nous avons donnée est donc exacte : Le droit de demander la *cautio damni infecti* appartient au propriétaire de l'immeuble menacé et aux détenteurs chargés de la garde de la chose.

En principe, l'action de la loi Aquilia appartient au propriétaire de la chose détruite ou détériorée. « *Legis Aquiliæ actio hero competit, hoc est, domino* » (4). Il n'est pas nécessaire qu'on ait été propriétaire de la chose au moment du délit. Il

(1) L. 36. D. 19,1.

(2) L. 11 ; L. 13 §§ 8 et 9. De damno infecto.

(3) L. 13 § 9 h. t.

(4) Ulp. L. 11 § 6. Ada. Leg. Aquil. 9,12.

suffit qu'en vertu d'un effet rétroactif on soit censé en avoir eu la propriété à cette époque. Par conséquent, l'action de la loi Aquilia appartiendra au captif de retour de chez l'ennemi, et à l'héritier devenu propriétaire d'un esclave appartenant à une hérédité jacente au moment où le délit a été commis.

Un certain nombre de personnes, en dehors du propriétaire, qui avaient sur la chose un droit réel ou un droit analogue, pouvaient éprouver un préjudice par suite de la destruction ou de la détérioration de la chose. Le prêteur vint à leur secours et leur accorda une action utile par laquelle elles obtenaient les mêmes évaluations arbitraires spéciales à la loi Aquilia. En ce qui concerne l'usager, l'usufruitier, le possesseur de bonne foi, les textes sont formels : « *An fructuarius vel usuarius legis Aquiliæ actionem haberet Julianus tractat, et ego puto melius utile judicium ex hac causâ dandum* » (1).

La question était plus douteuse pour le créancier gagiste, il faut que celui-ci ait un intérêt évident pour que l'action de la loi Aquilia lui soit accordée, en cas, par exemple, d'insolvabilité du débiteur ou de péremption d'instance. Paul nous indique deux procédés employés pour sauvegarder les intérêts du propriétaire et du créancier, et en même temps pour que le meurtrier d'un esclave donné en gage ne fût pas tenu, à la fois, envers le maître et envers son créancier gagiste ; on peut d'abord accorder l'action pour le tout au créancier. Le débiteur sera libéré par l'effet de la condamnation prononcée au profit de son créancier, et si elle dépasse le montant de la dette, il pourra réclamer l'excédent par l'action *pigneratitia directa* ; on peut encore donner deux actions motivées sur l'étendue du dommage : une action utile au créancier gagiste jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et l'action directe au débiteur pour obtenir le surplus (2).

(1) Ulp. L. 11 § 10 ad. Leg. Aq.

(2) Paul L. 30 § 1, ad. Leg. Aq.

Il est à remarquer, que l'action de la loi Aquilia n'est pas accordée à celui qui n'a sur la chose qu'un droit personnel, au simple créancier. Cela ne doit pas nous étonner, si nous nous rappelons le but de la loi, qui était de préserver la propriété des atteintes des tiers. Aussi, primitivement, le propriétaire était-il seul à pouvoir exercer son action; sous l'influence des sentiments d'équité, le préteur l'étendit aux possesseurs d'un droit réel. La jurisprudence finit par reconnaître au créancier la faculté de contraindre son débiteur à lui céder son action contre l'auteur du dommage. Les Institutes consacrent cette règle en cas de vente (2), plusieurs textes la reproduisent d'une manière générale, pour les contrats qui donnent naissance à une action de bonne foi (3).

La question était plus embarrassante pour les contrats de droit strict; on décida que le débiteur d'un esclave n'ayant pas d'intérêt à agir *lege Aquilia* puisqu'il était libéré, et par suite n'ayant pas droit à l'action, il serait donné au créancier l'action *de dolo* contre l'auteur du dommage. La protection était moins efficace, car le demandeur devait prouver les manœuvres frauduleuses de l'adversaire; ce n'en était pas moins dans bien des cas une garantie.

Il y a donc une grande similitude entre les deux catégories de personnes à qui compétent l'action de la loi Aquilia et le droit de demander la *cautio damni infecti*. Dans le complet développement de ces deux institutions, la même formule peut s'appliquer à chacune d'elles. Il faut justifier d'un intérêt à la chose.

(1) Instit. III, tit. 23, § 3.

(2) Voir *Africain* L. 16. *Depositi* XVI, 3; *Ulp.*, L. 38 de *evictione* XXI, 2; *Julien*, L. 13. *De periculo et commodo rei venditæ* XVIII, 6, *Ulp.* L. 13, § 12, de *actione empti* XIX, 1.

## SECTION DEUXIÈME

### QUI PEUT DEMANDER LA *CAUTIO* ET QUI PEUT AGIR *LEGE AQUILIA*

C'est au propriétaire, et à lui seul, que l'on doit s'adresser, pour obtenir la promesse de réparation du dommage susceptible d'être causé par une maison qui menace ruine. Les principes imposent cette solution : le but de la procédure est d'arriver soit à la *cautio*, soit à la propriété de la maison, il faut donc s'adresser à celui qui peut la transmettre pour lui donner le choix entre les deux solutions. Le principe est formel et s'il semble souffrir des exceptions, elles sont plus apparentes que réelles.

Dans certains cas, le propriétaire de l'immeuble ne sera pas connu, et le demandeur pourrait être indécis de savoir à qui s'adresser. Or, comme c'est une matière qui exige de la célérité, il est utile d'être fixé là-dessus.

Si la propriété qui menace la vôtre est litigieuse, comme on ne peut vous forcer à rechercher quel est le véritable propriétaire, c'est le possesseur qui aura charge de la *cautio* : « Si domus in controversia sit, dicendum est damni infecti onus possessoris esse... » (1). Si la propriété appartient par indivis à plusieurs co-propriétaires, chacun doit la *cautio* pour sa part, mais pour sa part seulement (2). Il peut se faire aussi que le propriétaire de la maison menaçant ruine ait refusé la *cautio* à un autre voisin, et que celui-ci ait été envoyé en possession. Nous sommes en présence d'une institution prétorienne. Ce n'est pas au propriétaire par le droit civil, mais au propriétaire de droit prétorien, au *missus in possessionem* que nous devons demander la *cautio*.

(1) Pomponius L. 39 § 1. De dam. inf.

(2) Paul. L. 27 h, t.

D'une façon générale, c'est au propriétaire seul que l'on peut demander la *cautio*. Mais il est des personnes, autres que le propriétaire, qui peuvent avoir intérêt à vous fournir cette *cautio*, et comme vous êtes garantis contre le dommage qui vous menace, vous n'avez pas le droit de la refuser : ce sont tous ceux qui ont des droits sur la chose, l'usufruitier, le créancier gagiste, le superficiaire, etc.... L'usufruitier est même obligé à l'égard du nu-propriétaire, à vous fournir cette *cautio*; mais c'est du propriétaire seul que vous pouvez l'exiger.

L'auteur du dommage prévu par la loi Aquilia sera poursuivi soit par l'action directe, soit par l'action utile, et condamné d'après le *quantum plurimum interest*; il n'y a pas de difficultés sur ce point.

Mais la différence de nature entre la *cautio damni infecti* et l'action née de la loi Aquilia apparaît immédiatement quand plusieurs personnes ont pris part au délit. Dans la *cautio*, s'il y a plusieurs co-propriétaires, chacun n'est tenu que pour sa part. L'action de la loi Aquilia est exercée pour le tout contre chacun des auteurs du dommage. Il entre en effet dans l'action de la loi Aquilia un caractère pénal qui manque dans la procédure de la *cautio*. Celle-ci a uniquement pour but la réparation du dommage possible. L'action de la loi Aquilia n'a pas seulement pour but la réparation du dommage causé, elle comporte aussi une peine. La jurisprudence romaine a fait prévaloir d'une façon peut-être abusive le caractère de peine dans la loi Aquilia. Elle a appliqué rigoureusement la règle générale « *quod alius præstitit alium non relevat, cum sit pœna* ».

Ce caractère pénal de la loi Aquilia a eu une autre conséquence. Tandis que les héritiers de celui qui a fourni la *cautio* succèdent à l'obligation de leur auteur et sont soumis à la réparation intégrale du dommage, les héritiers de l'auteur du délit prévu par la loi Aquilia ne sont tenus que dans la mesure de leur enrichissement. « *In heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cum sit pœnalis, nisi forte ex damno locup-*

*letior heres factus sit* » (1). C'est une dernière différence qui montre bien le caractère de chacun de ces deux systèmes de procédure.

(1) Ulp. L. 23 § 8 Ad Leg. Aquil.

---



## BIBLIOGRAPHIE

---

- CÉSAR. — Commentaires : De bello gallico.  
TACITE. — La Germanie.  
BESLY. — Histoire des comtes de Poitou.  
CHANTEREAU-LEFEBVRE. — Traité des Fiefs.  
DESFONTAINES (Le conseil de Pierre).  
LOISEL. — Institutes coutumières.  
BRUSSEL. — Usage général des Fiefs.  
SUMNER MAINE. — L'ancien droit dans ses rapports avec la société primitive et les idées modernes.  
SUMNER MAINE. — L'ancien droit et la coutume primitive.  
Id. — Les Institutions primitives.  
FUSTEL DE COULANGES. — La cité antique.  
Id. — Recherches sur quelques problèmes d'histoire.  
GUIZOT. — Histoire de la civilisation en France.  
MICHELET. — Histoire de France.  
THIERRY (Augustin). — Lettres sur l'histoire de France.  
LABOULAYE. — Droit de la propriété foncière.  
Id. — Condition civile et politique des femmes.  
GLASSON. — Le droit de succession dans les lois barbares.  
Id. — Histoire des Institutions d'Angleterre.  
GIDE. — Condition de la femme.  
MORGAN. — Systèmes de parenté et d'alliance dans la famille humaine.  
TYLOR. — La civilisation primitive.  
WHEATON. — Histoire des Hommes du Nord.  
GUÉRARD. — Polyptique de l'abbé Irminon.  
KLIMRATH. — Histoire du droit français.  
LAFERRIÈRE. — Histoire du droit français.

- CAUWÈS. — Grande encyclopédie, au mot *Aïnesse*.  
GARSONNET. — Histoire des locations perpétuelles.  
BOISSONNADE. — Histoire de la réserve héréditaire.  
VIOLET. — Précis de l'histoire du droit.  
PLANIOI. — L'assise au comte Geffroy (Nouvelle revue historique ,  
1887, mars-avril et septembre-octobre).  
D'ESPINAY. — La féodalité et le droit civil.  
LUCHAIRE. — Histoire des premiers rois de la troisième race.  
SEIGNOBOS. — Le régime féodal en Bourgogne.  
CROUZET. — La famille dans les pays basques.
- COLEBROOKE. — A Digest of hindu law, on contracts and successions.  
LOISELEUR - DESLONCHAMPS (Lois de Manou , traduites par).  
GIBELIN. — Études sur le droit civil des Hindous.  
ADAM DE BRÈME. — Gesta Hammaburgiæ ecclesiæ.  
Recueil des Historiens de la France.  
Chronique de Reginon.  
Liber feudorum.  
Gesta consulum andegavensium.  
PHILIPPE DE NAVARRE (Le livre de).  
JEHAN D'IBELIN. — Assises de la Haute Cour.  
Leges Henrici regis.  
OTHON DE FREISINGEN. — De Gestis Frederici.  
VIOLET. — Établissements de Saint-Louis.  
Ordonnances des rois de France de la troisième race.  
BEAUMANOIR. — Coutume de Beauvoisis.  
D. MORICE. — Petite coutume de Bretagne.  
JEAN BOUTILLIER. — La somme rurale.  
LAURIÈRE (Eusèbe de). — Glossaire du droit français.  
DUMOULIN. — In consuetudinibus parisiensibus.  
MARCULF (Formules de).  
RICHER. — Histoire de son temps.  
DUMOULIN. — Traité des Fiefs.  
D. VAISSETTE. — Histoire du Languedoc.  
HOUARD. — Anciennes lois des Français, conservées dans les  
coutumes anglaises, recueillies par Littleton.  
CHARONDAS. — Réponses du droit français.  
BRACON. — De legibus et consuetudinibus Angliæ.  
BRITTON. — The french text carefully revised with an english  
translation.

Établissements de Normandie.

Assises de Normandie.

Coutumes, styles et usages au temps des Echiquiers normands.

Arrêts de l'Échiquier de Normandie.

Grand coutumier de Normandie.

Très ancienne coutume de Bretagne.

Grand Coutumier.

Coutumes de Normandie.

- de Bretagne.
- d'Anjou.
- du Maine.
- du Lodunois.
- de Touraine.
- du Grand-Perche.
- de Poitou.
- de Saintonge.
- de Paris.
- de Boulenois.
- d'Artois.
- de Hainaut.
- de Champagne.
- d'Orléans.
- de Vermandois.
- de Picardie.
- d'Aunis.
- de la Haute Marche.
- d'Auvergne.
- du Bourbonnais.
- du Berry.
- du Nivernais.
- de Bourgogne.

Fors de Béarn.

Fors d'Henri II.

Coutumes de Barèges.

- de Labourt.
  - de la Soule.
-



ANCIEN DROIT

---

LE

DROIT D'AINESSE



## INTRODUCTION

C'est au Moyen âge, au moment de la toute-puissance de la féodalité, que le droit d'aînesse a atteint l'apogée de son développement et de sa forme. Fondé sur la hiérarchie des terres, qui entraînait celle des individus, il a eu alors l'utilité d'un principe social, et a déterminé la forme de développement de la société à cette époque. Par la suite, il s'est étendu outre mesure et a dépassé son but. Il est devenu alors un privilège dans le mauvais sens du mot, c'est-à-dire un droit abusif accordé à l'un au détriment de l'autre et ne correspondant à aucun sentiment de devoir ni d'utilité. Il n'en résiste pas moins, soutenu ici par de vieilles traditions, là par l'orgueil de caste, aux secousses vigoureuses de l'esprit moderne. Jusqu'à la Révolution, il a été la loi de succession des familles nobles en France, et, aujourd'hui encore, il en reste des traces dans bien des provinces. Il a toujours droit de cité en Angleterre, et l'aristocratie anglaise l'y conserve précieusement comme le palladium de sa grandeur et de son influence.

Il n'en est pas moins condamné à brève échéance, et chaque pas vers l'avenir nous rapproche de sa chute.

Une des conséquences les plus profondes des doctrines philosophiques du XVIII<sup>e</sup> siècle, est le développement extrême du principe de la personnalité humaine. La Révolution de 1789 n'a fait que

constater et consacrer ces doctrines, quand elle proclamait d'une manière emphatique l'*affranchissement de l'humanité*. Les *droits imprescriptibles de l'Homme*, que J.-J. Rousseau nous représente si parfait à l'état de nature, ont été solennellement inscrits au frontispice de notre législation. Sur tous nos monuments publics, on a pu lire ces deux mots magiques, l'un si souvent illusoire, l'autre si fâcheusement trompeur : *Liberté, Égalité*. L'individu a été opposé à l'Etat. L'intérêt de la société, de la masse des citoyens, a dû céder le pas à l'intérêt de l'individu. Il suffit, pour s'en convaincre, de voir combien cette fausse idée d'égalité a engendré d'erreurs dans ce siècle.

Quoi qu'il en soit, ce sentiment de la personnalité existe, et il ne paraît pas s'être affaibli de nos jours. Bien au contraire, il s'est développé encore, et il est pour longtemps, je crois, irrémédiablement enraciné dans nos âmes. Tel qu'il est, je le considère comme un des plus puissants principes d'action qui aient paru dans le monde depuis l'avènement du christianisme. Il a remplacé dans l'ordre philosophique et moral la foi héroïque des temps passés. Il est le facteur prépondérant de toute la politique moderne.

Hostile à toute hiérarchie, il a fortement entamé toutes les institutions de l'ancienne France fondées sur la subordination d'un homme à un autre. Proclamant l'égalité de tous les hommes, il ne pouvait laisser subsister à côté de lui ces institutions d'un passé où, hors le roi, tout homme avait un maître, où la société hiérarchisée tout entière, n'était qu'une succession de rapports de seigneur à vassal et de maître à serf.

Cet état social avait singulièrement favorisé le développement du droit d'aînesse. Le principe de primogéniture était fondé sur ces rapports hiérarchiques. Il est, si je puis m'exprimer ainsi, d'ordre autoritaire. Dans tous les états de société où il s'est produit, il a été la conséquence de la subordination d'un groupe d'individus à un seul. Il ne serait pas né en Germanie, par

exemple, au milieu d'hommes assoiffés d'indépendance et d'égalité. Il y subsistait comme vestige de traditions anciennes, et encore y avait-il revêtu un caractère très étroit : jamais de lui-même il ne s'y serait produit. Il était à son déclin au temps de Tacite. Il avait disparu peu à peu sous l'influence des sentiments d'indépendance qui animaient les guerriers germaniques, et il n'en reste pas de trace aux temps des Lois Barbares. Il fallut des conditions particulières pour le faire renaître.

Ce qu'il y a de plus remarquable et ce qui a étonné les historiens, c'est que le droit d'aînesse reparait au Moyen âge, justement chez les descendants de ces tribus germaniques qui l'avaient laissé s'éteindre, sans lien apparent avec le passé. Je ne crois pas, cependant, que les souvenirs qui pouvaient subsister des mœurs des Germains de César, de Tacite et de leurs ancêtres, aient été inutiles.

La nécessité pour chacun de se protéger, l'organisation militaire puissante qu'a entraînée le chaos dans lequel s'est trouvée l'Europe après Charlemagne, l'enrôlement général des faibles sous les ordres des puissants, ont eu pour première conséquence la création de la hiérarchie féodale, et celle-ci à son tour n'a trouvé sa forme définitive et parfaite que par le droit d'aînesse.

Mais les peuples du Moyen âge ne faisaient que reproduire les mœurs de leurs ancêtres aux temps très anciens où ceux-ci descendaient des plateaux de l'Asie Centrale pour se répandre sur l'Europe. Il avait dû en rester des traces persistantes dans leurs usages, dans leur constitution intellectuelle et morale. Le droit d'aînesse avait conféré au fils aîné chez les Hindous un véritable sacerdoce. Cette autorité particulière accordée au fils aîné, cette supériorité incontestée qu'il a sur ses frères et les autres membres de la famille, se retrouvent encore dans l'Inde actuelle. Les autres branches de la race aryenne, qui étaient descendues dans le midi de l'Europe, pour y faire fleurir les premières la civilisation moderne, les Grecs d'abord, les Romains ensuite, semblent s'être dégagés de bonne heure de ce joug,

que leurs traditions faisaient peser sur eux. Mais le droit d'aînesse apparaît sans conteste à l'origine de leur histoire. De même il avait résisté longtemps en Germanie à l'humeur disciplinée de ces guerriers sauvages. Il n'était plus inconciliable avec l'état moral des Germains du Moyen âge.

Le droit d'aînesse est né au Moyen âge du double caractère qu'avaient revêtu les relations des hommes. L'anarchie, qui a bouleversé la France à cette époque, a forcé ses habitants, dans un intérêt de salut commun, à se grouper, à s'associer pour se défendre. Le fief revêt un caractère particulier. Il n'est pas un simple château, un simple domaine : il est un organisme vivant, une force sociale. Voilà pourquoi il est devenu indivisible. Ce n'est pas, comme on l'a dit trop souvent, à la nécessité d'assurer le service militaire qu'il faut faire remonter cette indivisibilité. Le fief, qu'il soit un ancien bénéfice ou un ancien alleu, est avant tout une association, une association née des circonstances et des nécessités sociales, qui n'est la propriété d'aucun des membres qui la composent, mais dans laquelle, au contraire, chacun a des droits définis, et dont la première règle, pour répondre à son but, est l'indivisibilité. Le fief n'est pas seulement le manoir avec les terres qui l'entourent, c'est avant tout l'ensemble, le système des droits et des devoirs réciproques qui lient les vassaux au seigneur et le seigneur à ses vassaux.

Dans l'ancienne Germanie, par exemple, la loi de succession au commandement d'une association pareille, aurait été l'élection. Mais sous l'influence de la civilisation romaine que les rois de la première race avaient cherché à copier, les principes d'autorité et de subordination avaient remplacé les principes d'égalité et d'indépendance. Même en temps de paix, les vassaux devaient obéissance au seigneur. Dans la hiérarchie sociale, celui-ci était au-dessus d'eux, et un membre de sa famille pouvait seul lui succéder. D'autant plus, que la succession au commandement se confondait ici avec la succession au patrimoine particulier du seigneur. Le manoir et ses dépendances formaient

après tout la partie principale des forces de l'association; ils ne pouvaient passer avec le commandement aux mains d'un étranger.

Le développement du droit d'aînesse en France est la lutte de ces deux ordres d'idées, et peu à peu le caractère privé et patrimonial de la succession finit par l'emporter sur son caractère politique. Le fief deviendra une simple propriété privée. La possession se transformera en propriété pure et simple au point de permettre, après bien des tâtonnements et des hésitations, la division du fief. Dès le treizième siècle, le principe de l'indivisibilité du fief est battu en brèche, et il ne garde une apparence de force que grâce à des subtilités juridiques.

Aux <sup>xiv</sup><sup>e</sup> et <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècles, la division du fief est constante et le droit d'aînesse prend nettement le caractère qu'il gardera pendant toute la durée de l'ancienne monarchie. Il devient préciputaire. C'est au fils aîné, et même à la fille aînée dans certaines coutumes, que revient la part la plus considérable de la fortune, non pas par égard pour l'indivisibilité du fief, mais pour laisser à la branche principale une fortune suffisante, qui lui permette de conserver au nom de la famille toute sa splendeur. La chevalerie a eu au Moyen âge un éclat incomparable. Chaque famille noble a eu sa part dans les grandes actions qui se sont faites. De là l'orgueil des ancêtres qui ont illustré le nom de la maison, l'orgueil de la race dont on doit continuer la tradition.

A ce moment-là, l'évolution du droit d'aînesse est terminée. Il est battu en brèche par les légistes, mais l'orgueil de caste le soutiendra longtemps encore. Le régime des substitutions le renforce et sauvegarde la fortune de la famille contre la prodigalité de ses représentants, mais les entraves qu'elles apportaient n'ont pas peu contribué à la suppression du droit d'aînesse.

Il s'agit de déterminer les causes du droit d'aînesse et les modifications qu'il a subies. Dans un premier chapitre, nous étudierons donc le droit d'aînesse dans les législations anciennes,

chez les Hébreux, dans l'Inde, en Grèce, à Rome, en Germanie. Dans le second, nous verrons le droit d'aînesse se former au Moyen âge, et nous le suivrons dans ses transformations de loi de succession politique à loi de succession privée. Enfin, pour être complets, nous étudierons les caractères qu'il a présentés en dehors de son pays d'origine, dans le midi de la France, en Angleterre, en Allemagne. Ce sera l'objet d'un troisième chapitre.

Il ne sera peut-être pas toujours facile d'arriver, dans ce travail, à des conclusions précises, à une esquisse nette du sujet. Les origines du droit d'aînesse au Moyen âge sont obscures, les renseignements que nous possédons sont presque nuls ou contradictoires. Nous sommes en présence d'une législation qui se forme, elle naît d'une multitude d'influences qui se combattent et se détruisent, et il est difficile d'assigner à chacune sa place. Le droit romain, l'église chrétienne, le droit barbare modifié déjà par ces deux dernières influences, la royauté, la diversité des races et des croisements qu'elles produisent, les passions des hommes et les nécessités sociales concourent à la création d'une société nouvelle. Comment se retrouver dans ce désordre. Nous sommes obligés de nous contenter d'à peu près. Chaque province, chaque village même a ses usages. Et dans cette province, dans ce village, l'usage de la veille n'est déjà plus celui du lendemain. Et encore ces usages d'un jour ne sont pas respectés. L'impuissance de la royauté, l'indépendance de toutes les règles et de toutes les lois qui caractérisent le Moyen âge, subordonnent l'ordre des choses à la volonté essentiellement mobile de l'homme. Ce qui n'était que confusion devient chaos. Les efforts de l'esprit sont impuissants à le démêler. A chaque pas, la logique des faits peut se trouver en désaccord avec la réalité.

Darwin, voulant montrer la complexité des phénomènes naturels, se sert d'une comparaison fort ingénieuse : « Que l'on jette en l'air une poignée de plumes, dit-il, elles retomberont

toutes sur le sol, en vertu de certaines lois définies; mais combien le problème de leur chute est simple, quand on le compare à celui des actions et des réactions des plantes et des animaux sans nombre qui, pendant le cours des siècles, ont déterminé les nombres proportionnels et les espèces d'arbres qui croissent aujourd'hui sur les ruines indiennes ! ». Les mêmes choses peuvent être dites des formations sociales, et l'histoire du droit est aussi impuissante que la science à démêler sûrement les causes. Aussi, me sera-t-il permis d'abriter mes incertitudes sous l'autorité d'un savant doublé d'un écrivain. Laboulaye, dans son beau livre sur la *Condition des Femmes*, arrive au même aveu : « Que le lecteur me pardonne, s'il ne trouve pas dans ces pages la sévère exactitude qui sourit aux admirateurs de la jurisprudence romaine. Quand chaque condition sociale n'était qu'un à peu près qui changeait chaque jour, c'est pour le jurisconsulte une nécessité de ne donner que des notions à demi satisfaisantes, après des tâtonnements qui lui coûtent cependant une peine infinie. »

---



## CHAPITRE I<sup>er</sup>

### ORIGINES DU DROIT D'AINESSE

Des sentiments très multiples président au début des sociétés, au développement du principe de primogéniture. Mais un fait constant est la corrélation étroite et nécessaire qu'il y a entre ce droit et l'organisation rigoureuse de la famille. C'est qu'en effet, la famille forme, au début de la civilisation, le noyau, l'embryon de la société. Les conditions d'existence dans lesquelles elle vit la forcent à s'unir, à se concentrer. Elle habite à l'écart, au milieu des terres qu'elle cultive ou sur lesquelles elle a fait paître ses troupeaux. Le lien du sang est le seul qui existe entre les hommes ; tout étranger est un ennemi, et dans les langues anciennes, le même mot exprime les deux idées. Il faut à tout prix conserver cette union qui rend forts contre les ennemis. C'est une question de vie ou de mort. La première condition est d'avoir un chef. Un sentiment religieux, fait de terreur superstitieuse, de reconnaissance et d'affection pour le héros, source de la famille, naît, rattachant dans un même élan de devoir et de piété, des membres qui se seraient peut-être séparés. C'est le culte des ancêtres.

Dans des conditions sociales pareilles, c'est à l'homme, à la force qu'appartient la toute puissance. Il faut conquérir sa nourriture les armes à la main, constamment se garder contre les ennemis qui vous entourent, et c'est à l'homme, sur qui repose cette responsabilité, qu'appartient le commandement.

Dans ces sociétés aux mœurs sauvages, où la lutte est de tous les instants, où il faut être fort pour se défendre et pour

attaquer, l'homme se dresse dans toute la beauté farouche de son courage et de sa valeur. Au premier plan du tableau, il occupe toute l'attention. La femme disparaît à l'ombre de sa tente. C'est l'homme qui poursuit les bêtes fauves dans les bois, c'est l'homme qui défend les troupeaux, seule richesse et la nourriture de la famille, c'est lui qui les conquiert sur l'ennemi; aussi est-il le seul maître, et la femme qui l'accompagne, son humble servante.

Aussitôt qu'ils sont en âge de porter les armes, les fils prennent place dans le conseil de la famille. Ils sont les compagnons du père, prennent comme lui leur part de la bataille et comme lui leur part du butin. Les biens appartiennent à la famille. Le père en est l'administrateur, mais il ne peut les aliéner sans le consentement de ses fils, qui lui succèdent seuls. Les femmes n'y ont aucun droit, elles rentrent dans la catégorie du mobilier, elles passent, avec les troupeaux, les esclaves, sous l'autorité des fils : la mère, sous l'autorité de ses fils; les filles, sous l'autorité de leurs frères.

Si nous remontons à ces temps tout à fait anciens, où la famille forme la seule unité sociale connue, où chaque groupe d'individus descendant, soit naturellement, soit par adoption et cooptation d'un même ancêtre, forme un organisme complet et indépendant; aux temps où la tribu n'existe pas et où les familles peuvent bien s'entr'aider parfois, mais d'une façon passagère, comme deux puissances égales et rivales, sans qu'aucun lien permanent et supérieur à elles-mêmes ne les rattache, la succession nous apparaît réglée par le droit d'aînesse. Il ne nous reste pas de témoignages de ces époques lointaines, mais nous pouvons en retrouver des traces aux périodes suivantes.

Dans la famille hindoue, l'administration de la communauté est confiée à un seul, et c'est le fils aîné qui, à la mort du père, lui succède dans cette administration. C'est le caractère que présente aussi le clan highlander, en Ecosse, et il se montre dans tous les pays où la famille a gardé son organisation la plus rigoureuse et la plus solide, partout où elle se rapproche

le plus du type primitif où elle était une autorité puissante et indépendante. Dans les clans celtiques qui remontent très haut dans l'histoire et nous ramènent presque à l'époque confuse que nous envisagions tout à l'heure, où la famille est la seule forme de société, le droit d'aînesse est la règle de transmission des pouvoirs du chef. Les nécessités du temps, la constitution intellectuelle et morale de l'homme à cette période de son développement, tout y conduit.

Le droit d'aînesse repose sur l'idée de famille ; il n'apparaît donc qu'après la constitution de la famille. Dans toute société barbare, quel que soit l'esprit d'indépendance de ceux qui la composent, il y a un chef. L'unité de direction nécessaire à toute association n'a pu s'obtenir, chez ces hommes primitifs, que par la subordination de tous à la volonté d'un seul qu'ils ont choisi pour chef. Dans ces temps, l'éducation de la vie ne se fait pas dans les livres, mais par l'expérience de chaque jour, et il est naturel de confier la direction des affaires à celui dont l'expérience est la plus grande. La rudesse des mœurs y rendrait du reste les dissensions très violentes, et, devant l'ennemi qui guette, l'union est indispensable. C'est une question de vie ou de mort ; il faut savoir sacrifier une part de sa liberté, de son indépendance, pour en conserver le reste.

La famille se constitue ainsi sous la direction d'un chef. Que va-t-il arriver à la mort de ce chef accepté et respecté par tous ? Quel sera son successeur ?

Primitivement le commandement dut être fort disputé et sa dévolution très irrégulière. Tantôt, il dut revenir à un frère, tantôt à un fils du mort, quelquefois même à un membre plus éloigné de la famille. Mais cette dernière solution ne devait se présenter que rarement, et c'est parmi les personnes tenant de plus près au chef mort, que l'esprit superstitieux de ces hommes devait lui chercher un successeur. Le frère du défunt avait pour lui sans doute une longue expérience. Il lui manquait peut-être l'activité et l'audace de la jeunesse, la force et la vigueur

du chef qui se précipite dans les combats. Le fils, au contraire, est dans la pleine puissance de l'âge et du courage. Du vivant de son père, il aura marché à la tête des guerriers, et vainqueur dans la mêlée, il aura conquis leur faveur et leur dévouement. C'est sur lui que se reporteront la reconnaissance et la vénération dont la famille tout entière avait entouré son père. Il aura hérité de ses vertus et le caractère sacré que la mort lui aura donné, rejaillira sur lui.

Et entre tous les fils, il en est un à qui reviennent plus qu'à tout autre ces honneurs et ces titres, c'est le fils aîné. Il a assuré la continuation de la famille et a donné aux mânes des ancêtres la tranquillité d'âme des sacrifices assurés. Il doit être ainsi le préféré des dieux. Il a partagé avec son père les fatigues et les charges de l'administration, il a appris à gouverner sous lui et a profité ainsi des leçons de son expérience. Le premier des fils du chef il est entré dans la bataille comme représentant de sa race et a conquis les suffrages des guerriers. En un mot, il est le chef de la famille par droit de premier occupant. A la mort de son père, il apparaît comme lui tenant de plus près que tout autre, comme son véritable représentant. Il est juste qu'il prenne sa place.

Les témoignages de ces temps éloignés nous manquent, et les auteurs des chants sacrés les plus anciens ne nous ont transmis que des souvenirs corrigés de ces mœurs barbares. Il faut donc nous passer de textes précis. Mais s'il est un ordre d'idées dans lequel les modifications soient lentes et successives, c'est dans l'évolution des sociétés. Les mœurs se développent les unes après les autres, d'une manière insensible à qui ne les voit pas de loin, dans la succession énorme des siècles. Elles s'enchaînent les unes aux autres, ne comportant que des changements imperceptibles, les dernières reproduisant les premières ; et de nos jours encore, nous retrouvons parmi nous des survivances, en apparence inexplicables, d'institutions mortes depuis deux mille ans.

A plus forte raison, pouvons-nous espérer retrouver dans les premiers récits, qui nous découvrent l'histoire des différents peuples, une idée assez nette de ce que fut l'organisation de ces peuples à leur début. Sans doute des modifications se produisirent, apportées surtout par le changement de vie qu'entraîne le passage de l'existence nomade et guerrière à l'existence sédentaire et pacifique. Les liens étroits et rigoureux, qui retenaient autour du chef les membres du groupe primitif, durent se relâcher quand la lutte pour l'existence devint moins acharnée. Les relations des hommes s'élargirent, en marche vers la formation de l'Etat. Elles perdirent ainsi en intensité ce qu'elles gagnèrent en étendue. Mais le moule primitif n'en subsista pas moins. Les angles s'en adoucirent, la forme première se conserva.

Pour supposer le contraire, il faudrait ne pas connaître combien sont tyranniques les habitudes de l'esprit et fermer les yeux sur la masse des préjugés qui nous entourent. Et ces habitudes durent être plus invincibles encore dans l'absence de toute culture intellectuelle, dans les incertitudes et les étonnements de l'humanité qui s'éveille. Ajoutons à cela la vénération, le culte superstitieux de l'homme pour ses ancêtres et pour ce qui vient d'eux, à cette période de son développement, et nous serons en droit de prétendre entrevoir à travers l'état de société que nous montrent ces peuples, leur organisation antérieure.

## *SECTION PREMIÈRE*

### *LES HÉBREUX*

C'est avec le peuple hébreux que nous remontons le plus loin dans l'histoire du monde, et, dès les premiers pas, nous y trouvons le trait primordial de toute société primitive, l'organi-

sation puissante de la famille sous l'autorité d'un chef. Ce n'est déjà plus une puissance à part, vivant à l'écart, se gouvernant elle-même, indépendante de toute autorité. Elle appartient à une tribu. Mais elle est encore singulièrement forte. Loth, le neveu d'Abraham, a été attaqué et fait prisonnier par quatre rois. Abraham réunit sa famille, attaque les vainqueurs, les bat et délivre Loth. A l'intérieur, le père a droit de vie et de mort sur ses enfants. Il peut les vendre, et la Genèse nous rapporte les plaintes de Lia et de Rachel, vendues par leur père comme des étrangères (1). A côté de son épouse il a le droit d'avoir des concubines, et la femme, comme dans tous les pays d'Orient, vit dans un état d'infériorité intellectuelle et morale qui ne lui laisse qu'une faible influence dans la direction des affaires domestiques. Au point de vue successoral, elle est complètement sacrifiée. Ses droits à la succession des biens de son père sont nuls. Le principe de masculinité apparaît, et les règles un peu vagues et hésitantes, qui déterminent les droits réciproques du père et des fils sur les biens de la famille, nous indiquent une époque de transition dans la législation hébraïque. L'autorité absolue du père commence à décroître, les droits des enfants se précisent. Le père doit à ses fils sa bénédiction s'ils n'ont pas démerité. Le droit du fils se dresse devant le pouvoir absolu du père. Il y a des obligations morales qui s'imposent à celui-ci.

Le fils aîné a droit à une bénédiction particulière, solennelle, image de celle que Dieu donna à Abraham et à son fils Isaac, qui met ses frères sous sa puissance et le désigne comme chef de la famille. « Sois le seigneur de tes frères, et que les fils de ta mère se courbent devant toi », dit Isaac à Jacob en le bénissant (2). Cette bénédiction est irrévocable. Quand il l'a donnée, le père a épuisé son droit. Jacob surprend la foi de son père aveugle et se fait bénir à la place de son frère Esaü. C'est à lui

(1) Genèse XXXI, 15.

(2) Genèse XXVII, 29.

que revient le gouvernement de la famille. Isaac est impuissant à réparer son erreur. « Je l'ai constitué ton seigneur, j'ai soumis tous ses frères à son joug », dit-il à Esaü (1).

Cette suprématie morale entraîne des avantages matériels. Le fils aîné a une part plus considérable dans la succession de son père. Le droit d'aînesse se dessine et se fixe. Primitivement, le père restait sans doute libre de désigner celui de ses fils qui lui succéderait à la tête de la famille. A l'époque où nous sommes, ce droit lui échappe, et sa seule volonté ne suffit plus à régler son ordre successoral. C'est au premier né que reviennent sa bénédiction et la part avantageuse dans ses biens. Jacob déshérite son fils aîné. « Tu devais être le plus riche en dons comme le plus puissant en commandement » lui dit-il (2). Il peut le déshériter et choisir à sa place un de ses frères, mais non sans une certaine solennité de formes et sans de graves motifs. Ruben est repoussé pour ne pas avoir respecté la couche de son père. Joseph est choisi à sa place, mais il n'hérite plus de la part avantageuse dans les biens. Cette part revient à l'aîné par la nature. A son défaut, elle rentre dans la succession. Si Joseph reçoit de son père une part double de celles de ses frères, celui-ci a bien soin de faire remarquer qu'il l'a conquise dans les combats. Elle vient « *ex arcu et gladio* » (3).

La part avantageuse, accordée à l'aîné, est en effet une juste rétribution de ses services. Il est depuis le plus de temps dans la famille, et, plus que tout autre, il a contribué par son travail à sa prospérité. En en prenant la direction, il assume des charges nouvelles qui méritent une compensation. De plus, il est bon, pour assurer le respect et la soumission de tous, que la supériorité matérielle s'allie à la supériorité morale, et que le plus puissant soit aussi le plus riche. Il est tout naturel que l'aîné prenne une part plus grande dans des biens sur lesquels il a eu les premiers

(1) Gen. *ibid.* 39.

(2) Gen. XLIX, 3-4.

(3) Gen. XLVIII, 22.

droits, à la conservation desquels il a pris le plus de soin. Ces deux idées ont dû s'associer de bonne heure, et la coutume se former de laisser à l'ainé, avec le commandement, une part plus considérable dans le patrimoine de la famille. Malgré tout, la législation n'est pas définitive, et Jacob intervertit, encore l'ordre naturel des successions, en donnant à Ephraïm, le plus jeune des enfants de Joseph, le droit d'aînesse qui revenait à Manassès. (1)

Avec Moïse, les droits du père diminuent de plus en plus. Son droit de vie et de mort sur ses enfants disparaît. C'est aux anciens de la ville qu'il appartient de juger le fils coupable d'une faute grave (2). Il ne peut vendre ses filles que pendant six ans, et probablement avant leur nubilité. Enfin, le privilège qui lui appartenait de désigner son successeur, de faire l'ainé, lui est enlevée. C'est au fils aîné par la nature que reviennent, à la mort du père, le gouvernement de la famille et une double part dans les biens. Un sentiment religieux, que nous allons retrouver plus puissant et plus net dans la législation hindoue, se fait jour. « Les aînés sont sanctifiés et agréables au Seigneur » dit le Pentateuque (3). C'est Dieu qui les a mis avant les autres sur cette terre, pourquoi préférer la volonté de l'homme à la volonté de Dieu?

La puissance paternelle s'est affaiblie, à mesure que les Hébreux avançaient dans la voie de la civilisation. La famille, si solidement organisée, s'est absorbée peu à peu, dans la tribu d'abord, dans la nation ensuite. L'omnipotence du père, affranchie de toute mesure et de tout contrôle, a fait place à un ensemble de droits et de devoirs nettement définis. Enfin, la dernière trace du passé disparaît, les filles sont appelées à succéder à leur père à défaut de fils. Elles entrent dans la vie civile. C'est là un pas énorme dans le développement de la condition de la femme. C'est le passage d'un état de société à un autre.

(1) Gen. Ibid. 13 et suiv.

(2) Deutéronome XXI, 7.

(3) Nombres III, 13.

La législation hébraïque, conservée et répandue par la religion chrétienne, n'a pas été sans influence sur la formation de la législation française ; et, sans vouloir faire du droit d'aînesse tel que nous l'avons vu chez les Hébreux, l'origine et la cause du droit d'aînesse qui a régi l'Europe au Moyen âge, il est probable que celui-ci y chercha plus d'une fois son inspiration. L'histoire est une série de phénomènes qui s'enchaînent d'une façon nécessaire, une série de rapports de cause à effet. La situation dans laquelle se trouva l'Europe au Moyen âge, eut pour effet la naissance de petits groupes distincts et indépendants avec un chef à la tête, qui présentèrent à peu de chose près l'image de la famille primitive. La même conséquence en sortit, après des tâtonnements d'une analogie souvent frappante, le droit d'aînesse. Le souvenir de la vie patriarcale des anciens Hébreux aurait été insuffisant à créer un état de choses si nouveau parmi les peuples germains, mais il dut contribuer dans une large part, à vaincre la répugnance de ces peuples à une inégalité si contraire à leur esprit et à leur caractère.

## SECTION DEUXIÈME

### LES HINDOUS

#### § I. — La famille et la communauté de famille

Les mêmes causes produisent les mêmes effets, et, de même que les peuplades germanes reproduisirent au Moyen âge, par le seul jeu des forces sociales, la législation hébraïque, leurs ancêtres, les Aryas de l'Inde et des plateaux de l'Asie centrale, avaient suivi la même route et passé par les mêmes étapes dans leur développement. Les renseignements que nous possédons sur les mœurs et la législation de l'Inde, nous en permettent une

étude plus approfondie, et nous pouvons déterminer le stock d'idées premières que nos pères emportèrent, quand ils se répandirent de l'Asie sur l'Europe. Cette étude nous est d'autant plus facile, que, grâce au culte des ancêtres et à l'influence d'un climat destructeur de toute énergie physique et morale, ces peuples se sont figés, cristallisés dans leurs usages, et nous retrouvons aujourd'hui, chez eux, une civilisation sensiblement analogue à celle d'il y a trois mille ans.

Les deux caractères fondamentaux de la société hindoue sont : la communauté de famille et le culte des ancêtres. La communauté de famille est un état de société, par lequel ont passé toutes les fractions de l'humanité destinées à la civilisation. C'est la première forme complète qu'aient revêtue leurs tendances à une organisation stable ; c'est le premier essai véritable de société. Les groupements sans formes et sans lois des premiers hommes étaient le résultat de nécessités essentiellement variables et passagères ; ils ne répondaient à aucun besoin permanent, à aucune idée d'association ; ils ressemblaient plutôt aux attroupements d'animaux que la faim force à se réunir pour attaquer un ennemi plus puissant. Aucune idée supérieure n'en rattachait les membres les uns aux autres. La parenté a été le premier lien qui ait réuni les hommes, sous des règles déterminées et vers un but défini.

Pour ces races primitives, le groupe domestique se compose des descendants d'un seul homme encore vivant et de sa femme ou de ses femmes. Et, comme dans cette nouvelle organisation, la famille, le mâle, le mari joue un rôle prépondérant, la parenté s'est bientôt identifiée avec la soumission à une même autorité. Les notions de puissance et de consanguinité se sont confondues, et cette confusion se manifeste dans la soumission de la famille tout entière à son chef patriarcal.

La famille s'est naturellement étendue avec les enfants et petits-enfants, et, du groupe primitif en est né un autre plus nombreux, formé des descendants d'un ancêtre unique

récemment décédé, groupe que nous allons trouver dans l'Inde, la famille associée. La tribu a eu, dans certains cas, la même origine ; dans d'autres, elle est une association de familles distinctes ; mais même dans ces cas, le spectacle du développement de la famille a conduit les membres de la tribu à se donner une même origine et à s'attribuer le même ancêtre. Cette attribution est constante chez les Hindous, elle donne à la tribu une organisation plus étroite, elle en fait une association de parents.

Cette constitution de la famille et de la tribu est généralement antérieure à leur établissement sur le sol. Avant de quitter le pays qu'elles habitent, les familles ont besoin de se grouper pour être fortes ; de plus, le passage de l'état nomade et pastoral à l'état agricole n'est pas brusque, et les peuples ne s'établissent sur le sol à titre définitif que lorsque cette évolution est terminée. L'état agricole est un état de civilisation relativement avancé, et la formation de la tribu lui est bien antérieure. Toutes les informations dignes de foi que nous pouvons recueillir sur les tribus les plus anciennes, nous les montrent ayant séjourné dans une autre région. Une vieille légende hindoue, citée par Sumner Maine, nous fait entrevoir ce passage de la famille à la communauté tributive. Les Velalee, à la suite de leur chef, envahissent un pays, massacrent ou réduisent en esclavage ses habitants, et prennent possession du sol. « La poétesse, — carces lignessont attribuées à une femme, dit Sumner Maine, — compare cette invasion à l'écoulement, sur une surface plane, du jus de la canne à sucre. Le jus se cristallise, les cristaux sont les diverses communautés de village ; au centre des cristaux on voit un morceau de sucre plus beau que les autres, c'est à cette place que s'élève le temple de Dieu. » Et Sumner Maine ajoute : « Cette image fait voir la tribu, malgré son défaut apparent de cohésion, contenant en elle un principe d'affinité qui commence à agir dès quelle se met en mouvement » (1).

(1) Sumner Maine : *Les Institutions primitives*, p. 89.

La terre conquise par le groupe domestique est naturellement commune, et, comme le remarque très justement Sumner Maine (1), la terre, le sol remplace la parenté comme fondement de la famille. L'idée de parenté continue de subsister; mais, devenue moins précise par l'augmentation de ses membres, l'éloignement de l'auteur primitif, l'adjonction d'étrangers, elle cède la place à la terre comme lien apparent de la famille. Ce ne sont plus les descendants de tel ancêtre qui occupent un pays; les habitants de ce pays sont présumés descendre de cet ancêtre. La nature du lien réunissant les membres de la communauté changea donc. De personnel il devint réel, et, par suite, plus rigoureux et plus durable, et cette modification est pour beaucoup, je crois, dans la persistance de la communauté dans l'Inde, malgré les tendances séparatistes de chaque individu, malgré la latitude que laisse la législation hindoue. La communauté ayant une base plus précise se constitue plus solidement encore, car pour celui qui demanderait le partage et prétendrait conserver sa propriété particulière, il ne s'agirait de rien moins que d'une exclusion complète de la famille, d'une mise hors la loi pour ainsi dire, à laquelle il ne pourrait échapper qu'en entrant dans une autre communauté.

Aussi les partages qui ont eu lieu ont été presque toujours le fait d'une partie du groupe, se séparant d'une communauté trop étendue, pour former un nouveau groupe, et il est facile de voir quelle complication et, par suite, quels empêchements, devait entraîner dans l'enchevêtrement des groupes et des sous-groupes, la prétention d'un seul membre à régler la part lui revenant sur les biens de la communauté.

Aussi ces partages étaient-ils rares, et, aujourd'hui encore, malgré les efforts de l'administration anglaise, la propriété a une tendance constante à se constituer collectivement, et, après une première séparation, à retomber dans l'indivision pendant plusieurs générations.

(1) Sumner Maine : *Les Institutions primitives*, p. 92.

L'obligation, au moins morale, de rester dans la communauté était d'autant plus respectée que l'idée de famille était fort puissante. Dans l'Inde, l'individu ne compte guère, la famille est tout. L'individu n'est qu'un anneau dans la longue chaîne des générations qui se déroulent, et il n'a de valeur que comme trait d'union entre elles. La fortune n'est pas à lui, elle est à la famille, et les sentiments religieux donnent à cette formule une rigoureuse exactitude. La loi distingue les biens patrimoniaux et les acquêts. Les seconds seuls appartiennent au père. Sur les biens de la famille le père et les enfants ont des droits égaux. « Sur la terre acquise par le grand-père, dit Yājñavalkya, le père et le fils ont une égale propriété » (1). Dès sa naissance, l'enfant hindou acquiert un droit de co-propriété sur les biens de la famille, et le père lui-même ne peut vendre ses biens sans le consentement de ses enfants. Dans certains cas et à leur majorité, ses fils peuvent le forcer au partage du patrimoine, et le seul avantage que lui reconnaisse la loi est une double part.

A la mort du père, ses enfants conservent naturellement sur les biens de la famille les droits qu'ils avaient de son vivant. Ils peuvent demander le partage et se séparer. Mais le fait est rare et le plus souvent le domaine reste en commun après la mort du père. Celui-ci est alors remplacé par le fils aîné qui devient le chef de la famille. A ce titre il jouit, au point de vue religieux et au point de vue civil, d'une haute autorité. Il est le représentant de ses frères dans la communauté et dans la tribu. L'administration des biens lui appartient, et, tant que dure la communauté, il en reste seul chargé. Il prend possession de tout le patrimoine, et les autres enfants vivent sous sa tutelle comme ils vivaient sous celle de leur père. En revanche, il doit avoir pour eux la même affection. Cette haute supériorité morale, cette paternité affectueuse et respectée qui est reconnue au fils aîné, ne peuvent s'expliquer que par l'influence des

(1) Digeste de Cohebrooke, T. II, p. 159.

idées religieuses et par la vénération des ancêtres dont il est le représentant, le grand-prêtre pour ainsi dire. Il n'est pas encore temps d'aborder cette partie de notre sujet, mais il faut néanmoins noter ses effets sur le droit civil de l'Inde. L'aîné a un pouvoir d'administration sans limite et sans contrôle. C'est de lui que ressortent toutes les affaires intéressant la famille, c'est lui qui intervient pour elle et comme son chef dans cette collectivité plus étendue, la tribu. En un mot, il est le chef de la famille dans toute l'acception de ce mot.

Ce pouvoir ne va cependant pas jusqu'à lui permettre l'aliénation des biens de la communauté. Il n'est pas seul propriétaire, et, pas plus que son père, il ne peut vendre sans le consentement de ses frères. Son droit souverain dans l'administration, est simplement égal à celui de ses frères dans la propriété. Dans cette mesure, il suffit du reste à la charge qu'il a à remplir. Il lui permet de donner à la communauté l'unité de direction qui lui est nécessaire. Les revenus de la famille réunis dans sa main servent à remplir les devoirs envers les ancêtres. Pourquoi la loi lui permettrait-elle d'entamer par des aliénations, peut-être malheureuses, cette communauté qui ne lui appartient pas, cette communauté si précieuse aux besoins et à la continuation de la famille.

Ce qu'il y a de plus remarquable dans cette organisation du droit d'aînesse, et ce qui montre bien à quel point il est dans les mœurs, c'est que cette soumission à l'aîné est absolument volontaire. Le droit d'aînesse a son origine dans la tradition et représente un principe supérieur, mais il est reconnu et confirmé chaque jour par le libre assentiment de chaque membre de la communauté. C'est là un témoignage frappant de l'influence essentiellement conservatrice du culte des ancêtres. Les familles se perpétuent sous la direction de l'aîné, s'augmentant tous les jours sans rester moins unies dans une seule communauté, formant à leur tour de véritables communautés de village. En cas de partage, c'est encore à l'aîné qu'appartient la

charge de faire les parts et de distribuer à chacun celle qui lui revient. Jusqu'à l'exécution définitive du partage, il reste le chef de la famille dont il divise le patrimoine entre ses frères et lui, comme aurait pu le faire le père lui-même.

Sa part est supérieure à celles de ses frères, et sa situation de fils aîné lui donne droit à certains privilèges et prélèvements. Il est difficile d'établir une règle générale, car les mœurs changent avec chaque province, et les nombreux auteurs hindous ne sont pas d'accord sur la quotité de cette part avantageuse. Pour les uns, elle se compose du vingtième de la succession et du meilleur des meubles (1). Pour d'autres, elle est double de celles des autres enfants (2). Câtâyana accorde dans tous les cas à l'aîné la maison paternelle (3), tandis que d'autres auteurs ne lui accordent de privilège que s'il s'est distingué par sa science et sa vertu (4). D'autres enfin ne lui accordent aucun avantage.

Il est assez difficile de se retrouver au milieu de la variété des solutions que présente la littérature brahmanique. Il n'y a pas à tenir grand compte de ces différences. Le droit d'aînesse et la communauté de famille ont été vivement combattus par les Brahmanes. Ceux-ci, comme l'Eglise chrétienne au Moyen âge, ont cherché à développer le partage des biens et l'égalité dans le partage. Ils trouvaient dans la division des fortunes une source plus riche de dons et d'offrandes, et leurs livres sont les témoins aussi naïfs qu'éclatants de leur rapacité. La mesure que les différents auteurs donnent du droit de l'aîné n'est donc que la mesure de l'appétit de chacun. D'une manière générale, l'aîné avait droit à une part double de celles de ses frères. Je croirais volontiers qu'il faut y ajouter la maison paternelle. Les sentiments religieux que nous trouverons bientôt, et l'exemple de

(1) Manou. IX, 112-117.

(2) Manou Ibid.

(3) Dig. II p. 133

(4) Dig. T. III § 116.

la Grèce et de la Germanie, ajoutés au témoignage de Câtyâyana, m'invitent à l'admettre. Quant à la part avantageuse du double, c'est la solution la plus favorable donnée par les auteurs, et ceux-ci n'avaient aucun désir de l'exagérer. De plus, il y a dans les traités brahmaniques une analogie constante entre le rôle du père et celui du fils aîné dans la famille. Or, le père qui partage ses biens pour se retirer du monde, garde une part double de celles de ses fils. La part du fils aîné a dû être équivalente. C'était du reste une juste rémunération de son administration de la communauté et de la peine que lui avait donnée le partage.

Le droit d'aînesse n'existe pas seulement dans la famille. Il régit aussi cette association plus étendue, la communauté de village, la famille associée. La participation des membres de la communauté est ici plus active. Elle se traduit dans certaines provinces par l'élection du gérant chargé de l'administration. Même dans ce cas, celui-ci est pris parmi les membres de la branche aînée de la famille, et c'est généralement l'aîné. Il y a des provinces où l'administration lui revient de droit, où le gouvernement de la communauté est dévolue à l'aîné des agnats de la famille.

Et ce n'est pas un simple droit d'aînesse indiquant une légère supériorité matérielle et morale, mais une véritable fonction publique. La communauté n'est pas seulement « une réunion de parents et d'associés, mais une société organisée qui pourvoit non seulement à l'administration du fonds commun, mais au gouvernement intérieur, à la police, à l'administration de la justice, et à la répartition des taxes publiques. » (1) Le droit d'aînesse atteint ici une de ses expressions les plus hautes, et présente les caractères de grandeur et d'autorité qui l'ont si fortement enraciné en Europe au Moyen âge. Il tombe à l'idée de pouvoir social, il signifie fonction publique héréditaire.

(1) Sumner Maine : *L'Ancien droit*.

Il y a, à ce point de vue, une singulière analogie entre la civilisation hindoue et la féodalité, et il est intéressant de remarquer avec quelle précision se justifient les lois de l'histoire et comment deux organisations semblables se retrouvent à une telle distance dans la même conséquence. Le manoir féodal présente avec la communauté de village de l'Inde, des rapports frappants; comme celle-ci, c'est dans le droit d'aînesse qu'il a trouvé son principe d'unité.

## § II. — Le culte des Ancêtres.

Cette conception si puissante de l'idée de famille a eu pour effet le culte des ancêtres. Leur existence avait été trop précieuse à la conservation de la famille pour qu'ils puissent sortir de la mémoire de leurs descendants. Ils sont les représentants des générations passées, la source de la génération actuelle et des générations futures; ils symbolisent l'idée de famille dans son éternel développement. Ce n'est pas à eux que sont rendus les hommages, mais à la famille tout entière en leurs personnes. Seulement, comme il arrive toujours, le symbole a pris la place de l'idée qu'il exprimait. Les termes du rapport ont changé. D'effet le culte des ancêtres devient cause, et la continuation de la famille n'a plus pour raison d'être que de ne pas laisser périr ce culte.

Dans ces conditions, il est devenu le lien rigoureux des institutions si complexes que nous avons étudiées, et la cause de leur persistance à travers les âges. Il a maintenu la famille étroitement groupée autour de son chef dans une pensée commune. Il est devenu l'idée directrice de toute la législation hindoue. Son influence lui a été funeste, car il a cristallisé cette société dans sa forme première, il l'a arrêtée dans sa marche vers la civilisation. Elle n'a pas su comme ses sœurs la civilisation grecque et romaine, la civilisation barbare, se dégager de ce

sentiment destructeur de toute initiative et de tout progrès, elle s'est atrophiée dans la contemplation du passé.

Le service des ancêtres, les sacrifices qui leur sont dus, voilà la préoccupation constante et impérieuse de toute famille hindoue. Il n'y a pas un de leurs auteurs qui ne consacrent des volumes à recommander le culte des morts, à fixer les offrandes qu'exige ce culte, et à déterminer, dans les plus minutieux détails, les cérémonies sans nombre qu'il entraîne. Rien n'est plus grave en effet que l'inobservation des sacrifices. Le premier devoir pour le fils est de donner aux morts les libations qui leur sont dues, et cela sous les peines spirituelles les plus sévères. Aussi n'est-il pas de supplice plus grand pour un homme que de mourir sans enfants mâles. Toute la souplesse d'esprit des jurisconsultes hindous a été employée à chercher des subterfuges à l'impuissance d'avoir des enfants. Cette nécessité les a entraînés souvent à des conséquences qui nous révoltent, mais qu'expliquent la crainte des supplices éternels et l'organisation étroite de la famille. Ceux qui meurent sans fils pour faire le sacrifice funèbre en leur honneur, sont exclus du séjour céleste ; s'il y a un fils qui meurt lui-même sans postérité, les ancêtres sont plongés dans les enfers. Ce n'est qu'après trois générations d'enfants mâles que le bonheur éternel est assuré au père. « Par un fils, l'homme gagne l'empire des mondes ; par le fils d'un fils, il obtient l'immortalité ; par le fils de ce petit-fils, il s'élève au séjour du soleil. » (1) Les ancêtres éloignés sont à jamais affranchis de toute crainte, quand ils ont eu trois degrés de descendants observateurs de leurs pieux devoirs.

Le premier devoir de l'homme sur cette terre est donc de remplir fidèlement les sacrifices envers les mânes, et d'assurer pour elles et pour lui-même après sa mort, leur accomplissement. Par suite, il doit avant tout chercher à avoir un fils ; ce fils lui assurera le repos de l'âme, sur cette terre d'abord et

(1) Manou IX, 138 ; G. fr. Yajnavalkya I, 78 ; Colebrooke Dig. T. II § 11, T. III, § 104

dans l'éternité plus tard. Aussi le premier-né revêt-il un caractère sacré, le père acquitte ainsi une dette envers ses ancêtres, et acquiert pour lui l'immortalité. « Le premier né est engendré pour l'accomplissement du devoir, les autres sont nés de l'amour », disent les lois de Manou (1). De là encore « il n'y a pour l'homme qu'une condition parfaite, celle où se trouvent réunis l'époux, l'épouse et le fils » (2). Le fils aîné est particulièrement cher aux ancêtres, avant tout autre il est désigné pour remplir les devoirs envers eux. « Le droit de prononcer les prières, appartient à celui qui est venu au monde le premier ».

Une théorie fort originale de John Lubbock, cherchant à expliquer l'origine de ce culte des morts qui se retrouve chez toutes les races de l'humanité, la trouve dans le peu de différence qui existe entre le sommeil et la mort. L'homme non civilisé comprend difficilement la mort; et, de même que le matin, en se réveillant, il voit tous ses compagnons se réveiller aussi, il est tout naturel qu'il essaye de réveiller les morts. Il ne comprend pas que ceux qui hier encore vivaient comme tout le monde, aient pu passer si brusquement dans un sommeil dont on ne se réveille pas. Il ne se figure pas un monde où l'on ne boit ni ne mange, où l'on n'existe plus, il ne comprend pas le néant. Il a remarqué que, pendant son sommeil, son esprit veille toujours par les rêves et les hallucinations qu'il reçoit; il est amené à croire que le mort endormi vit encore. Pourquoi n'aurait-il pas alors les besoins qu'il avait autrefois et que lui-même conserve pendant son sommeil ? Il s'imagine les souffrances de la faim et de la soif, que doit éprouver le mort privé de nourriture, les colères de cet esprit obligé d'errer en jetant sur ses parents indifférents toutes ses malédictions et toutes ses haines. Si au contraire, le mort éprouve, grâce à ses parents, quelques-unes de ses joies d'autrefois, il restera en relations

(1) Manou, IX, 107.

(2) Ibid. 45.

bienfaisantes avec eux, viendra les trouver dans leur sommeil pour leur apporter les secours de ses conseils et de sa puissance. Plus les sacrifices seront nombreux, plus l'affection que lui montreront ses enfants sera grande, plus la bonne volonté du père sera efficace et l'appui de son ancienne force permanent.

Cette idée primitive de la survivance de l'esprit chez le mort s'est conservée plus longtemps chez les peuples établis et tranquilles, vivant au milieu des tombeaux de leurs ancêtres. Elle s'est développée dans l'Inde d'une façon remarquable. Greffée sur l'idée de famille, elle a fini par l'absorber. La famille n'a plus eu d'autre but que d'assurer le culte des morts, et les fils n'ont vécu que pour les ancêtres. Une terreur superstitieuse s'est emparée des esprits, leur pensée unique a été d'assurer la continuité des sacrifices, et la fortune de la famille n'a plus eu comme elle d'autre but que d'assurer cette continuité du culte.

Par sa naissance, le fils aîné a rempli ce devoir : il est le plus près des ancêtres, c'est à lui que reviennent le soin et l'honneur de sacrifier aux mânes. Il devra le faire le plus magnifiquement possible, donner les plus beaux repas, et pour cela il aura la possession de toute la fortune, l'administration complète de la communauté. Qui pourrait s'en plaindre ? La fortune de la maison n'appartient-elle pas aux ancêtres ? Les fils ne sont pas sur cette terre pour eux-mêmes, mais pour les âmes de leurs ancêtres. La famille n'est pas en avant, elle est en arrière ; elle n'est pas dans l'avenir, elle est dans le passé.

Le culte des morts est donc venu s'ajouter à l'idée de famille, groupe à part, complet et indépendant, auquel il faut un chef, comme seconde cause du droit d'aînesse, et surtout de l'autorité morale qu'il comporte. La conséquence immédiate en a été l'exclusion des filles de la succession du père. Le patrimoine est destiné aux sacrifices funèbres qui sont dus au père et à ses ancêtres, et la fille ne peut les offrir. En se mariant, elle passe dans une autre famille, elle ne peut donc pas hériter. Le prin-

cipe de masculinité apparaît ici dans toute sa raideur. Sans doute ses frères doivent lui assurer des moyens d'existence, mais, dans aucun cas, elle ne peut toucher à la succession paternelle. Incapable de donner aux âmes de ses ancêtres le repos qu'elles cherchent et de les retirer des lieux ténébreux où elles sont plongées, elle n'a pas droit à leurs biens. Ce n'est pas un sentiment d'hostilité contre elle qui inspire cette exclusion, car, à côté des prescriptions qui la déshéritent, d'autres se trouvent qui imposent expressément aux fils l'obligation de pourvoir à tous les besoins de leurs sœurs, et d'étendre sur elles leur bienveillance et leur protection. Elles succèdent, et même de préférence aux fils, aux biens de leur mère, mais elles sont étrangères au patrimoine de la famille. Leur incapacité religieuse entraîne leur incapacité civile.

Cette liaison étroite de la famille et du patrimoine, cette consignation de l'hérédité au culte des ancêtres, se retrouve dans un fait frappant, le délai de prescription par lequel un étranger peut acquérir un héritage. Les sacrifices sont dus aux ancêtres pendant trois générations, le fils, le petit-fils, l'arrière-petit-fils. Cette règle a servi de mesure au délai de la prescription dans le droit hindou. Un étranger peut acquérir par prescription un héritage, mais trois générations doivent s'être écoulées. Il doit attendre trois fois vingt ans.

### *SECTION TROISIÈME*

#### *LA GRÈCE ET ROME*

Il est remarquable, avons-nous dit, de voir avec quelle persistance se sont maintenues à travers des milliers d'années ces deux institutions primitives, la communauté de famille et le culte des ancêtres. C'est sur les plateaux de l'Asie Centrale

qu'elles se sont formées, et les premiers Aryas les ont emportées avec eux dans leurs émigrations vers des pays plus fertiles. C'est avec eux qu'elles ont passé en Grèce et à Rome. Elles y ont disparu rapidement devant une civilisation nouvelle, après avoir perdu dans leur course à travers le monde une grande partie de leur force et de leur valeur. Nous les retrouvons cependant dans les témoignages qui nous sont parvenus de la Grèce et de l'ancienne Rome, et tout d'abord, cette confusion du culte des ancêtres et de l'hérédité.

Comme dans l'Inde, le patrimoine revient au continuateur de la famille, à celui qui offre les sacrifices aux mânes. « Pour se faire une idée vraie de l'hérédité chez les anciens, dit M. Fustel de Coulanges, il ne faut pas se figurer une fortune qui passe d'une main dans une autre main. La fortune est immobile comme le foyer et le tombeau auxquels elle est attachée. C'est l'homme qui passe, c'est l'homme qui, à mesure que la famille déroule ses générations, arrive à son heure marquée pour continuer le culte et prendre soin du domaine » (1).

Le culte se transmet de mâle en mâle, l'héritage suit le culte et se transmet comme lui. La fille est exclue. Elle n'est pas apte à continuer la tradition, puisqu'elle se marie et passe dans une famille étrangère. Elle quitte la religion de sa famille pour embrasser celle de la famille de son mari. Elle n'a donc rien à prendre dans la maison qu'elle vient de quitter.

La communauté de famille et le culte des ancêtres ont eu, en Grèce et à Rome, le même résultat que dans l'Inde. Il a fallu un chef à la communauté. Dans la famille religieuse, celui qui a assuré par sa naissance sa continuation a été regardé avec une faveur particulière. Des renseignements précis nous permettent d'affirmer l'existence du droit d'ainesse en Grèce. Il s'est conservé fort longtemps à Sparte. Thèbes et Corinthe avaient au temps d'Aristote des institutions qui ne s'expliquent pas sans

(1) Cité antique p. 80.

lui. D'après M. Fustel de Coulanges, au temps de Demosthène, les Athéniens reconnaissaient à l'ainé le privilège de garder la maison paternelle, avantage fort important au point de vue matériel et plus encore au point de vue religieux (1).

Il est douteux cependant que ce fût une règle légale, la loi de dévolution de la succession *ab intestat* ; Isée proclame l'égalité complète entre les enfants, et il est difficile de ne pas accepter son témoignage. Mais de nombreux textes, et notamment les discours de Démosthène, nous parlent d'un préciput (πρεσβείον) accordé à l'ainé par la volonté du père, par testament. Ce préciput comprenait justement la maison paternelle et probablement pouvaient être laissé qu'à l'ainé (πρεσβύτερος). La similitude des noms en est une présomption très grande. En outre, un texte parle de l'impuissance du père à avantager un de ses enfants. Ce préciput serait donc une dérogation à cette règle, souvenir du temps passé, et possible en faveur de l'ainé seul.

L'existence du droit d'ainesse à Rome est plus douteuse. Aucune loi, aucun texte ne s'y rapportent. De ce qu'il n'est mentionné nulle part, devons-nous conclure à son inexistence ? Non, nous retrouvons en effet à Rome le culte des ancêtres et la communauté de famille très fortement constitués, et il est infiniment probable que là comme ailleurs, le droit d'ainesse en a été le principe directeur. L'existence de la *gens* romaine et sabine ne s'expliquerait pas sans lui. Comment la *gens* Fabia, la *gens* Claudia, se seraient-elles maintenues si puissantes par leur nombre, sans un chef, ainé des agnats de la famille, qui les groupait autour de lui ? Nous ne connaissons cette organisation de la *gens* que par des témoignages très lointains, nous la soupçonnons plutôt ; il nous paraît impossible de la comprendre sans le droit d'ainesse. Nous trouvons la même organisation de la famille que dans l'Inde, une organisation étroite, rigoureuse. Il faut un chef à cette famille, non seule-

(1) Cité antique, p. 83.

ment à la famille en temps qu'association, mais à la famille comme être moral. Le culte des ancêtres est à peu près à cette époque la seule religion des Romains. C'est le chef de la famille qui offre les sacrifices, et des regards étrangers ne doivent pas les souiller. C'est par la participation au culte que se distinguent les degrés de parenté ; quel sera donc le grand prêtre de ce culte ?

Les Romains avaient certainement connu le droit d'aînesse dans l'Inde au berceau de leur race. Ils ont gardé les mœurs, les traditions, les superstitions de leur pays d'origine ; comment supposer qu'ils aient perdu le droit d'aînesse. Ce droit se retrouve en Grèce dans un état de civilisation beaucoup plus avancé, je ne comprends pas qu'il n'existe plus chez les premiers Romains. Comme le dit excellemment M. Fustel de Coulanges : « Ce vieux droit d'aînesse se prouve par ses conséquences et pour ainsi dire par ses œuvres » (1).

#### SECTION QUATRIÈME

##### LA GERMANIE

L'Asie, cette terre féconde en nations, cette *officina gentium*, comme l'appelle Tacite, avait déversé sur l'Europe méridionale une partie du trop-plein de sa population. Ces peuples, emportant avec eux les mœurs de leur patrie d'origine, avaient occupé la Grèce et l'Italie, où ils devaient faire fleurir une brillante civilisation. D'autres branches, les Celtes d'abord, les Germains derrière eux, se répandirent sur l'Europe centrale et occidentale, pour y trouver la place et la nourriture qui leur manquaient. Il ne nous est pas possible de les suivre dans leurs émigrations périodiques, dans l'instabilité de leurs établisse-

(1) Cité antique, p. 93.

ments successifs, poussés en avant qu'ils étaient sans cesse par les flots nouveaux des nouveaux émigrants. Les témoignages nous manquent absolument, et cet écoulement des peuplades aryennes sur l'Europe restera sans historien. Il nous faut attendre qu'elles prennent contact avec l'Empire romain, pour les entrevoir. Leurs premières attaques furent rudes, et, à deux reprises, la majesté romaine faillit être écrasée sous leurs masses. Une première fois, les oies du Capitole et Coriolan sauvèrent Rome naissante des Gaulois de Brennus; la seconde fois, Marius arrêta, dans les plaines de Vérona, la conquête de Rome, maîtresse du monde.

Ce fut alors au tour de Rome de porter la guerre et le feu chez ces Barbares. César envahit la Gaule et la conquiert. Deux fois il passe le Rhin et porte jusque dans les forêts sauvages de la Germanie le respect et la crainte des armes romaines. Il a rapporté de ses guerres de précieux renseignements, et a, le premier, éclairé l'histoire de ces peuplades. Les lieutenants d'Auguste continuèrent son œuvre et firent, à leur tour, la conquête de la Germanie; Tacite nous a raconté ces expéditions et il en a profité pour étudier ces peuples avec beaucoup de soin. Son livre sur *les mœurs des Germains* est le pivot de toute étude sur leurs usages et leur organisation.

### § I. — La famille et le caractère des Germains

Comme dans l'Inde, la famille est en Germanie le fondement de la Société, et le lien qui unit ses différents membres y est peut-être plus rigoureux encore, mais il revêt un caractère particulier. Les dangers constants qui les entourent, les luttes de tous les jours, qu'ils sont obligés de soutenir pour défendre leur vie et se procurer leur nourriture, ont modifié la nature de leurs relations. Le lien du sang existe toujours et nous verrons que le culte des ancêtres n'a pas complètement disparu. La

parenté naturelle est toujours la base de leur association, mais la famille s'est développée dans le sens d'association guerrière, de confrérie militaire. La fraternité d'armes, voilà l'idée dominante de la famille germaine. Elle vit serrée et compacte sur le même territoire, concentrée pour agir contre l'ennemi commun. « Chez les Germains, la terre est assignée aux familles et aux parentés d'hommes qui sont groupées ensemble, *gentibus cognationibusque hominum qui undè coierunt* » dit César (1). Dans les combats, leurs triangles d'infanterie et leurs pelotons de cavalerie ne sont pas formés d'hommes assemblés au hasard. « Ce qui enflamme surtout leur valeur, c'est que le hasard ne préside point à la formation de leurs bandes et de leurs bataillons; ce ne sont pas des attroupements fortuits, ce sont des parents, des familles rassemblées. » Les femmes elles-mêmes prennent part au combat, en soutenant par leur présence et leurs paroles, la valeur des guerriers. Tout auprès d'eux est l'objet de leurs affections, ajoute Tacite. Ils peuvent entendre les cris sauvages de leurs femmes, les vagissements de leurs enfants; ce sont là, pour chacun, les témoins les plus sacrés, les plus imposants panégyristes » (2). Ce sentiment profond de la famille, que nous avons vu dans l'Inde, fondant tous les parents en une seule personnalité, au point de donner au père incapable d'avoir un fils, celui né des œuvres de sa femme et de son frère, se retrouve chez eux. La solidarité de tous les membres de la famille est complète. « On est tenu, dit énergiquement Tacite, d'embrasser les haines, non seulement d'un père, mais de tout membre de la famille » (3).

Ce caractère d'association guerrière, que leurs luttes continues et leur humeur sauvage ont développé chez ces hommes primitifs, a coïncidé avec l'affaiblissement du principe d'autorité. Le fils prend sa place dans le conseil de la famille. Le

(1) César: *De bello gallico* VI, 22.

(2) Germanie, 7.

(3) Germanie, 21.

père est le chef de la famille, mais la soumission du fils est absolument volontaire. Il lui suffit de rompre les liens qui l'attachent à sa famille, et toute autorité du père sur lui disparaît : « Chez les Germains, dit Gide, la famille n'est que l'association volontaire de guerriers égaux entre eux. Chacun peut s'affranchir de ses devoirs en abdiquant ses droits ; que le fils rompe des deux mains le faisceau symbolique, qu'il franchisse d'un bond la clôture du champ paternel, et le voilà indépendant ; libre à lui d'abandonner la tribu de ses pères pour les expéditions aventureuses des hordes errantes, ou la solitude des forêts » (1).

L'indépendance et l'égalité des guerriers entre eux, voilà donc la condition des Germains. Le pouvoir central n'existe pas, pour ainsi dire. Le chef n'est chef qu'à la guerre. Un de leurs plus vieux commentateurs, Adam de Brème, marque nettement cette différence : « Dans la guerre tous obéissent à un chef, mais dans la paix chacun est indépendant, et tous sont égaux » (2). Les affaires publiques importantes sont délibérées en commun, tous les guerriers peuvent prendre part à l'assemblée et ce sont eux qui décident. Tacite remarque même quel soin jaloux ils prennent de leur indépendance. « L'un des inconvénients de leur liberté, est qu'ils n'arrivent point à la fois, comme s'ils craignaient de paraître obéir ; deux ou trois jours sont perdus par leur lenteur à se réunir. Dès que l'assemblée paraît assez nombreuse, ils prennent place tout armés ; le silence est d'abord commandé par les pontifes, qui alors ont le droit de maintenir l'ordre ; puis, le roi ou le chef de la cité, suivant son âge, sa noblesse, l'éclat de ses exploits, son éloquence, se fait écouter plutôt par l'ascendant de la persuasion que par la puissance du commandement. Si la proposition déplaît, ils la rejettent par des murmures ; si elle est agréée, ils agitent leurs framées. Applaudir avec les armes est leur plus honorable témoignage d'assentiment » (3).

(1) Gide : *Condition de la femme*, p. 226.

(2) *Gesta Hammab. eccl.*

(3) *Germanie*. 11.

Le pouvoir du roi, du chef plutôt, car on s'abuserait étrangement, si on donnait à ce mot les idées modernes que nous y attachons, est bien restreint. Toutes les questions importantes sont soumises à l'assemblée des guerriers ; le roi n'a guère que le droit de proposition, le droit d'initiative dirait-on aujourd'hui. Et ces questions importantes, quelles sont-elles ? Il s'agit presque toujours d'une expédition à entreprendre, d'une alliance à faire, d'une nouvelle guerre à soutenir. La guerre, en effet, voilà le seul idéal, le désir constant de ces peuples ; chaque chef en renom groupe autour de lui les guerriers les plus vaillants, et, si la tribu reste trop longtemps en paix, il part avec eux chercher ailleurs des coups à donner et à recevoir.

La guerre est le seul but, la seule passion des Germains ; c'est à elle qu'ils demandent la consécration de leur courage et de leur force, et un butin facile. Pillier l'ennemi, lui enlever son grain, son bétail, est plus aisé que de cultiver la terre et de lui arracher péniblement la moisson ; c'est une occupation plus élevée, plus noble, où l'homme apparaît dans toute son activité, dans le plein exercice de ses facultés physiques, intellectuelles et morales. L'agriculture est négligée et abandonnée aux esclaves. « *Agriculturæ non student* », dit César, et Tacite nous montre quel peu de souci ils ont de faire produire à la terre ce qu'elle doit donner. « Ils ne sont pas de ces vaillants laboureurs qui luttent avec la terre pour lui faire produire plus que sa fertilité naturelle ne comporte, ou qui savent doubler l'étendue du sol par un travail énergique ; chez eux, pas de vergers bien plantés, pas de jardins bien arrosés, pas de prairies bien aménagées ; ils ne demandent à la terre qu'une moisson de céréales » (1). Chaque année, ils changent de champs. La terre, ce lien d'airain des hommes définitivement fixés sur un sol, est pour eux de peu de valeur, et n'entre pour rien dans leurs relations.

(1) *Germanie*, 23.

Ici se pose la question si discutée de la propriété foncière chez les Germains. Les Germains connaissaient-ils la propriété foncière ?

## § II. — La Propriété en Germanie.

L'opinion la plus généralement adoptée et à peu près universellement admise avant les travaux de M. Fustel de Coulanges, est que les Germains, aux temps de César et de Tacite, en étaient encore au communisme agraire. C'est à un maître éminent de cette Faculté, M. Glasson, qu'appartient l'honneur d'avoir soutenu avec autant de vigueur que de justesse la cause de la raison et de la vérité. M. Fustel de Coulanges, sans arriver du reste à des conclusions bien précises, s'efforce de démontrer que la propriété foncière était connue en Germanie, au moins du temps de Tacite, et sous la forme de communauté familiale. Il reprend, à cet effet, les différents textes de César et de Tacite sur la matière, et, par une dialectique aussi ingénieuse que subtile, essaie de faire illusion sur la valeur des preuves qu'il apporte. Cette question touche de si près au régime des successions, qu'il nous sera permis de l'aborder à notre tour. (1)

Trois textes, deux de César et un de Tacite, sont fondamentaux en la matière, et c'est sur leur interprétation que roule la discussion tout entière. Les deux textes de César sont fort nets, et, pour cette époque au moins, M. Fustel de Coulanges lui-même est obligé de s'avouer vaincu. Voici le premier : « La nation des Suèves est la plus forte et la plus belliqueuse des Germains ; on dit qu'ils ont cent cantons ; de ceux-ci sortent, chaque année, mille hommes armés pour guerroyer hors du pays. Ceux qui restent cultivent la terre pour se nourrir, et

(1) Voir cette discussion dans : Glasson : *Le droit de succession dans les lois barbares*, et Fustel de Coulanges : *Quelques problèmes d'histoire*.

pour que les autres trouvent des vivres à leur retour. L'année suivante, c'est au tour de ceux qui étaient restés à prendre les armes, et les premiers restent au pays. De cette façon, ils n'interrompent ni la culture du sol ni la pratique de la guerre ; mais aussi il n'y a chez eux ni propriétés privées, ni champs limités, et il n'est pas permis de rester plus d'un an, établi au même endroit » (1). Il est difficile d'être plus clair, et pour les Suèves on ne peut douter que non seulement la communauté, mais le communisme agraire, n'aient été la loi de jouissance de la terre à cette époque. Une partie de la population cultive le sol tandis que l'autre va guerroyer au loin. A son retour, celle-ci trouve la récolte faite, elle en prend sa part, comme elle doit partager le butin qu'elle rapporte de la guerre. N'est-ce pas là le caractère essentiel d'une société où la division du travail est très nette, où chacun a sa fonction spéciale pour arriver à un bénéfice commun. C'est donc un point acquis, au moins en ce qui concerne les Suèves, comme le veut M. Fustel de Coulanges, quoiqu'il n'y ait guère de raison pour que la même organisation n'existât pas chez les autres peuplades germanes.

D'ailleurs le second texte de César est aussi formel que le premier, et il s'applique sans contredit à tous les Germains. « Ils ont peu de goût pour le travail agricole, et ils se nourrissent plus de laitage et de viande (que de blé). Aucun d'eux ne possède en propre une étendue déterminée de terre ; aucun n'a de champs limités ; mais chaque année les magistrats et les chefs distribuent la terre aux familles et aux parentés d'homme, donnant à chacune d'elles ce qu'ils veulent et où ils veulent. L'année suivante ils les obligent à changer de place » (2). Ce langage est clair, dit lui-même M. Fustel de Coulanges, et l'historien qui parle a une grande autorité. Il est difficile après cela, à moins de mettre en doute le témoignage de l'historien, de soutenir que les Germains du temps de César aient pratiqué

(1) De bello gallico IV, 1.

(2) De bello gallico VI, 22.

la propriété foncière, soit individuelle, soit familiale. Cette obligation, sur laquelle César appuie avec insistance, de changer chaque année de place est l'antithèse de la possession fixe et tranquille qui caractérise la propriété; et cette distribution faite par les magistrats indique encore mieux le caractère purement temporaire de cette jouissance. La solution de la question ne peut faire de doute, et M. Fustel de Coulanges est obligé de s'incliner.

Avec Tacite la discussion devient plus sérieuse, et on ne peut espérer arriver à la même certitude. Un seul texte s'occupe de notre sujet, et il est loin d'avoir la limpidité des précédents. Aussi a-t-il donné lieu à plusieurs interprétations. Voici le texte : « *Agri pro numero cultorum ab universis in vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur... Arva per annos mutant et superest ager* » (1). La traduction la plus autorisée, qui est admise par des savants tels que von Maurer, Sumner Maine, est exprimée ainsi par Burnouf : « Chaque tribu en masse occupe tour à tour la terre qu'elle peut cultiver et la partage suivant les rangs; ils changent de terre tous les ans et il n'en manque jamais. » Comprise ainsi, la phrase de Tacite est formelle et la question est tranchée. Mais M. Fustel de Coulanges conteste vivement cette traduction et, je crois, avec raison. Voici comment il entend cette phrase : « Les terres labourables sont occupées tour à tour par tous, proportionnellement au nombre des cultivateurs, qui se les partagent entre eux suivant leur rang. Les terresensemencées changent tous les ans et il reste toujours plus de terres inoccupées. »

J'adopte pour mon compte cette traduction, mais il me semble difficile d'y trouver la propriété foncière. Les terres labourables forment une masse sur laquelle on prend chaque année une certaine quantité destinée à êtreensemencée, quantité pro-

(1) Germanie, 26.

portionnelle au nombre des cultivateurs. Ceux-ci se partagent entre eux cette étendue selon leur rang. Leurs besoins en effet sont en rapport avec leur situation, leur richesse. L'homme riche, qui a de nombreux serviteurs, a besoin d'une quantité de terres plus grande pour nourrir sa *familia*, souvent fort nombreuse, que le pauvre, dont la famille se compose de ses enfants seulement et de deux ou trois esclaves. Le premier d'ailleurs dispose de plus de bras, et, par suite, peut cultiver une bien plus grande étendue. Il reste toujours plus de terrain labourable inoccupé qu'il n'y en a d'ensemencé, pourquoi alors réduire le riche et sa famille à la part congrue ? La terre est là pour servir aux besoins de tous et leur donner le blé ; chacun en prend la part qui lui est nécessaire, il y en a toujours de reste. Aussi ne se préoccupent-ils pas de fumer la terre, de lui rendre sous forme d'engrais les sucs qu'ils lui ont pris. Ils ensemencent l'année suivante une autre partie, et pendant ce temps-là la première se repose. C'est une constatation que fait Tacite, et il n'y a dans sa phrase ni blâme ni éloge. Ils cultivent comme le leur permet la grande abondance de terres dont ils disposent. Dépenser en engrais et en travail pour ensemençer à nouveau le sol qui vient de produire, quand un sol voisin vous donnera libéralement et sans peine le blé que vous demandez, serait absolument contraire aux principes de la saine économie domestique. Sans doute les Romains tiraient de la terre un parti plus avantageux, et les plaines d'Italie étaient autrement fertiles que celles de la Germanie. Mais les deux pays étaient fort différents. La population était fort dense en Italie, et la terre, à laquelle on avait demandé beaucoup depuis de nombreuses années, avait besoin de reprendre en engrais les principes fertilisants qu'elle avait fournis. De plus, son climat se prêtait à des cultures infiniment plus variées et plus riches. Tacite admire les étendues de vigne et d'oliviers. M. Fustel de Coulanges n'a pas l'intention, je suppose, de faire regretter à Tacite qu'il n'y en eût pas en Germanie.

M. Fustel de Coulanges reconnaît en tous cas que la propriété n'a pas de bases fixes, même au temps de Tacite; et, en effet, la phrase que nous avons citée plus haut est formelle en ce sens. On ne peut pas prétendre que cette portion de terrain que chacun prend annuellement sur la masse des terres, selon sa situation sociale et ses besoins, lui appartient en propre, puisqu'il en change constamment. Et alors M. Fustel de Coulanges fait résider cette propriété, non pas dans le sol, mais dans la personne. Chaque individu a droit sur la terre de la tribu à une part exactement déterminée, selon son rang; et il insiste sur les mots *secundum dignationem* de la phrase de Tacite. La partie de la terre qui réalise ce droit peut varier, mais ce n'est pas moins un droit de propriété, et un droit de propriété individuelle ou plutôt familiale. « Sans doute, dit-il, cela n'est pas cette propriété fixe et immuable que nous pratiquons aujourd'hui. Mais cela est encore plus éloigné de la communauté. Car chaque homme ou chaque famille possède un droit propre à telle ou telle part de terre. Si le principe de fixité n'est pas dans le sol, il est dans la personne. Si ce n'est pas toujours la même glèbe qui appartient à une famille, c'est du moins la même étendue et la même valeur de terre. . . . . Ces hommes peuvent donc être, tout en changeant de place, de véritables propriétaires. Si leur droit n'est pas implanté à toujours dans un même champ, ils portent ce droit en eux-mêmes et l'appliquent à des champs différents. » Et il ajoute : « C'est un mode de propriété qui peut nous paraître étrange, et qui semble aussi avoir surpris Tacite, mais qui s'explique peut-être par une sorte d'association primitive, certainement par l'identité des intérêts et surtout par l'insuffisance des travaux agricoles » (1).

Je suis ici de l'avis de M. Fustel de Coulanges, c'est en effet un mode de propriété qui paraît étrange. Je remarquerai d'abord

(1) *Quelques problèmes d'histoire*, p. 283.

qu'il se rapproche singulièrement de la communauté, à tel point que M. Fustel de Coulanges est obligé de chercher son origine dans une sorte d'association primitive. Mais ce droit lui-même me semble être le produit de son imagination, et, pour ma part, je ne vois rien dans la phrase de Tacite qui le fasse supposer. Le mot *occupantur*, dont celui-ci se sert, indique un fait matériel indépendant de toute idée de propriété ou de possession, tant collective qu'individuelle. Les Germains n'ont qu'un but, la guerre; qu'une occupation, les armes. Ils dédaignent l'agriculture et ne récoltent que juste ce qui est nécessaire à leur nourriture; par suite, ils attachent peu d'importance à la terre. Ils en ont, du reste, plus qu'il ne leur en faut. Au moment des semailles, ils prennent sur le fonds commun la quantité de terre qui leur est utile et se la partagent. C'est là un fait purement matériel qui n'implique aucun droit. Chacun prend ce qu'il lui faut, les nobles et les riches plus que les autres puisqu'ils ont une plus nombreuse maison. Mais supposer un partage régulier, fait d'après des règles et pour satisfaire des droits préexistants et déterminés, c'est une pure conjecture qui ne repose sur aucun fondement. Nous sommes chez les Germains dans le domaine des faits, ils ne sont pas entrés dans le domaine des droits.

Il y a cependant une conclusion à tirer de cette longue discussion de M. Fustel de Coulanges sur la propriété foncière des Germains. Il a rapproché lui-même les textes de César et de Tacite, et essayé de les mettre d'accord en les appliquant à des pays et à des peuples différents. Je crois qu'ici encore il s'abuse. Les peuples que ces deux auteurs ont étudiés sont probablement les mêmes. Au temps de Tacite au moins, on connaissait la Germanie tout entière, et, au point de vue agricole, celui-ci ne marque pas de différence notable entre les différents peuples qui l'habitaient. Je vois bien plutôt une transformation qui s'est produite dans le régime de la terre, entre l'époque de César et celle de Tacite. M. Fustel de Coulanges repousse cette opinion, sous prétexte qu'un événement aussi considérable que l'introduction

de la propriété foncière en Germanie n'aurait pas passé inaperçu.

Je lui répondrai d'abord qu'au temps de Tacite la propriété foncière n'existait pas. En second lieu, il est certain que cette propriété était connue au moment de l'invasion des Francs en Gaule, et, quoique les rapports entre Rome et la Germanie aient été beaucoup plus nombreux après Tacite qu'ils ne l'avaient été avant lui, aucun écrivain romain ne s'est aperçu de cette transformation.

Du reste, il est inexact d'envisager des changements pareils dans les mœurs de ces peuples primitifs comme le résultat instantané et immédiat d'une résolution populaire ou royale. Ce n'est qu'à la longue, par une série de modifications insensibles, qu'ils passent d'un état social à un autre, et cette comparaison entre les textes de César et celui de Tacite est utile, parce qu'elle nous montre un progrès, une marche en avant vers l'établissement de la propriété foncière.

Les Germains venus de l'Asie et poussés par les hordes qui les suivaient, ne paraissent pas avoir occupé la Germanie bien avant l'époque de César. Ils avaient dû faire leur route à travers l'Europe par une série d'étapes successives, s'arrêtant pour séjourner dans un pays, aussi longtemps que le flot de peuples qui venait derrière eux, n'avait pas été assez fort pour les forcer à reprendre leur route. Ils n'avaient pu s'attacher à la terre, et l'élevage du bétail qu'ils pouvaient emmener avec eux avait formé leur principale industrie et fourni la base de leur nourriture. Au temps de Tacite et d'après son témoignage même, le bétail représentait la plus grande partie de leur richesse. En arrivant en Germanie, la terre fut pour eux ce qu'elle avait été jusque-là. Elle dut leur donner le blé nécessaire à leurs besoins pendant le temps qu'ils l'occuperaient. La tribu s'empara de la terre labourable et les chefs la distribuaient aux familles. Dans certains cas même, tous les membres de la tribu la cultivaient en commun et la récolte se partageait entre tous.

C'est à ce moment que César entra en rapport avec eux, et c'est lui qui nous rapporte cet usage des Suèves de se diviser en deux bandes, dont l'une va guerroyer, tandis que l'autre reste pour préparer la moisson. C'est là le régime de la communauté dans ce qu'il a de plus excessif, c'est même le communisme. Les textes de César le confirment quand ils disent que la terre est distribuée par les magistrats et les chefs. Cela indique bien que la propriété de la terre appartient à la tribu, ou sinon la propriété, expression un peu trop nette en ce qu'elle ajoute au fait matériel de l'occupation, une idée de droit qui faisait probablement défaut, au moins la disposition de la terre.

Quand nous arrivons à Tacite, c'est-à-dire près de 150 ans plus tard, les choses ont un peu changé, et c'est cette différence qui a frappé l'esprit pénétrant et attentif de M. Fustel de Coulanges. Il en a forcé le caractère pour en faire un système complet, c'est là la cause de son erreur. Dans Tacite, en effet, ce ne sont plus les magistrats et les chefs qui partagent la terre entre les cultivateurs. Ce sont les cultivateurs eux-mêmes qui font cette répartition. La tribu est toujours propriétaire de la terre, mais elle laisse ses membres se la diviser comme ils l'entendent. Ceux-ci ont un droit à sa jouissance comme membres de la tribu. L'erreur de M. Fustel de Coulanges est de leur donner un droit de propriété. La terre est commune, ouverte à tous. Elle est là pour leur donner leur nourriture et satisfaire leurs besoins. Les puissants prennent une part plus grande parce qu'ils ont plus de monde à nourrir, mais ils n'ont pas un droit précise telle quantité, à telle valeur de terre. Je ne comprends même pas très bien qu'il puisse y avoir un droit. L'idée de droit implique l'idée contraire, l'idée d'empêchement, de concurrence, de contestation possible. Or, comment pourrait-il y avoir concurrence ? Chacun n'estime la terre que pour la quantité de nourriture qu'elle fournit à ses besoins, et il y a trois fois plus de terre. Deux faits sont en présence : la terre, d'abord ; un

autre fait : je m'en sers pour mes besoins. Il manque un troisième facteur qui les soude, la contestation qui fait apparaître le droit, le choc, l'étincelle électrique qui combine les deux éléments.

Il n'y en a pas moins un pas en avant vers la formation de la propriété privée. Cette faculté reconnue aux cultivateurs de se partager eux-mêmes le sol, et, à la suite, la suppression de cette obligation que nous rapporte César, à deux reprises, de changer chaque année de place, doivent conduire à la propriété. Les Germains, qui avaient des demeures fixes, durent prendre, peu à peu, l'habitude de choisir dans les partages périodiques les terres placées autour de leurs maisons, et en arriver ainsi à se cantonner sur un certain terrain dont ils cultivaient les différentes parties à tour de rôle ; et je crois que cette appropriation matérielle fut nécessaire à la naissance du droit. Le droit de propriété implique l'occupation matérielle d'un objet, et l'application de notre activité, de notre personnalité, sur cet objet. C'est cette application qui forme entre nous et l'objet, le lien qui donne naissance au droit. L'apparition de cette relation entre l'homme et l'objet est d'autant plus facile que l'objet est plus nettement déterminé, et pour les esprits grossiers des Germains, peu faits aux notions abstraites, ce n'est que par leurs relations constantes et invariables avec la partie de la terre qu'ils cultivaient, qu'ils purent arriver à la notion de propriété. M. Fustel de Coulanges a donc tort de voir, dans la phrase de Tacite, dont nous avons parlé, la reconnaissance de la propriété privée, mais il faut y reconnaître une transformation qui la prépare.

Des textes du droit brehon, que nous trouvons cités dans Sumner Maine, sur le passage de la propriété collective à la propriété individuelle, apportent un argument à notre théorie. D'après les *Jugements de Cotenure* la terre doit être cultivée, la première année, par les parents, comme bon leur semble ; la seconde année, ils doivent échanger leurs lots ; la

troisième, poser des bornes ; enfin, le cours entier de l'appropriation individuelle doit être parfait dans dix ans. Cette durée de dix ans, comme le remarque Sumner Maine (1), est évidemment beaucoup trop courte. C'est plutôt l'expression du désir de l'auteur, la peinture d'une organisation idéale. Il ne s'agit pas d'ailleurs du passage d'un état de société à un autre, de la formation de la propriété elle-même, mais des moyens de transformer la propriété collective, la cotenure, qui présente des inconvénients, en propriétés individuelles, forme déjà connue et acceptée. Au point de vue de la durée, il n'y a aucune comparaison à faire entre les transformations recommandées par les *Jugements de Cotenure*, et celles nécessitées en Germanie par une modification si profonde dans le régime des terres et l'organisation sociale tout entière. Mais cet échelonnement de plusieurs phases, souvenir probable des étapes par lesquelles leurs ancêtres avaient passé, est intéressant et utile à constater.

Deux autres textes indiquent également ce passage de la propriété collective à la propriété individuelle. Ils attribuent cette transformation à l'abondance des familles, et par suite à l'insuffisance de la terre. Cette cause a-t-elle peut-être agi aussi chez les Germains. Le *Liber Hymnorum*, qu'on croit dater du XI<sup>e</sup> siècle, contient le passage suivant : « Nombreux étaient les humains en Irlande, à cette époque (celle des fils d'Aed Slane (658-694), et tel en était le nombre qu'ils accoutumèrent de n'attribuer pas plus de trois fois neuf billons à chaque homme en Irlande, à savoir : neuf en tourbières et neuf en plaine (terre arable) et neuf en bois. »

Un autre manuscrit Irlandais, qu'on date du XII<sup>e</sup> siècle, le *Lebor na Huidre*, rapporte qu'il « n'y avait pas de fossé, ni de barrières, ni de mur de pierres autour des terres, jusqu'à l'époque des fils d'Aed Slane, mais seulement des champs tout

(1) *Histoire des Institutions primitives*, p. 141.

d'une surface. A cause de l'abondance des familles, à leur époque, ils introduisirent le bornage en Irlande » (1).

Nous sommes encore, à cette époque, à la propriété collective, et, dans le premier texte, il est question d'attributions aux hommes. Mais il est curieux de voir cette apparition du bornage suivre de si près la détermination des biens. Ces textes nous font toucher à la dernière période du passage du mode collectif au mode privé de jouissance, à l'organisation de la propriété particulière. L'analogie n'est pas assez grande pour conclure d'un pays à un autre, de l'Irlande à la Germanie. Mais je ne serais pas étonné que ce partage des terres entre cultivateurs, dont parle Tacite, ait entraîné peu à peu la fixation pour chacun d'une part, toujours la même, bientôt suivie de bornage et ensuite de la propriété. L'établissement de la propriété foncière ne serait pas ainsi très postérieur à Tacite ; mais nous sommes ici dans le domaine des conjectures, et il ne faut rien affirmer.

### § III. — Le droit d'ainesse en Germanie

Nous nous sommes étendu peut-être un peu longuement sur cette question de la propriété chez les Germains, entraîné par l'intérêt qu'elle présente et aussi par l'importance du sujet. Il ne nous semble pas cependant que cette étude ait été inutile dans un travail qui a pour objet une des formes de l'ordre successoral, surtout si on tient compte de l'influence qu'exerce le régime de la terre sur le droit d'ainesse. Le lien de la terre est un des plus puissants qui puissent retenir étroitement groupés les membres d'une famille, et, dans l'Inde par exemple, je le considère comme une cause très importante de la persistance de cette cohésion de la famille et du droit d'ainesse qui l'organise. Ce n'est pas le régime de la terre qui a créé le droit d'ainesse au Moyen âge, mais il lui a donné sa forme définitive.

(1) Voir Sumner Maine. *Histoire des Institutions primitives*, p. 140 et suiv.

Cette absence de la propriété foncière chez les Germains, que nous venons de reconnaître, a eu je crois une influence très grande sur la disparition du droit d'aînesse, en lui enlevant son appui matériel. Ce droit est resté ainsi dans les nuages des idées religieuses et morales. Il ne s'est pas affirmé nettement par un acte, par une prise de possession permanente et journalière, par un droit sur le sol. D'un autre côté, la vie aventureuse et guerrière que ces peuples ont menée, a développé chez eux d'autres sentiments, le sentiment de l'égalité entre tous et la reconnaissance d'une seule supériorité, celle du courage et de la force. Ces descendants des Aryas des plateaux de l'Asie centrale, avaient emporté avec eux le culte des ancêtres. Mais ils l'abandonnèrent peu à peu, dans leurs courses à travers l'Europe. Le système des sacrifices et des hommages aux morts n'était guère compatible avec leur existence nomade. Ils conservaient mal le souvenir des morts qu'ils avaient laissés à chaque étape de leur route. La valeur personnelle valait mieux dans les combats que la protection des ancêtres. Ils avaient un sentiment violent de leur personnalité. Ils tenaient eux-mêmes trop de place dans leur vie pour en laisser beaucoup à leurs aïeux.

Le culte des ancêtres n'avait cependant pas complètement disparu chez les Germains du temps de Tacite. La famille germanique avait gardé une cohésion remarquable, cohésion qui se retrouvait surtout à la guerre, mais qui avait pour point de départ la parenté, le lien du sang, la descendance d'un même ancêtre. Le culte des morts a laissé des traces chez ces Barbares ; dans le coin le plus reculé de leur demeure, il y a encore un foyer. Chaque famille a ses dieux, ses dieux pénates, dit Tacite, *penetrales deos*. Ce culte du foyer était si cher aux Germains, qu'on le voit reparaitre au Moyen âge, dans les superstitions populaires, sous forme d'esprits familiers, de démons domestiques, voltigeant dans l'âtre, et protégeant la demeure où ils avaient vécu. Ce culte des morts s'était ainsi maintenu, unissant

la famille d'aujourd'hui à celle d'autrefois, établissant une chaîne entre tous ses anneaux, en formant une personnalité. Le gardien de cette tradition, c'était celui qui l'avait continuée le premier, l'ainé.

Je sais bien que je heurte ici l'opinion générale, et j'ai le regret de me mettre en contradiction avec mon savant maître M. Glasson ; mais il me semble que, pour qui regarde les événements tels qu'ils se déroulent dans la suite des temps, dans leur enchaînement logique et fatal, le droit d'aînesse que les peuples germains avaient puisé dans l'Inde, a dû se maintenir pendant fort longtemps chez eux. La question à résoudre est celle de savoir jusqu'à quelle époque il a persisté, et si on le retrouve au temps de Tacite (1).

Un texte de Tacite vient à notre secours, quoiqu'il donne lieu aux controverses les plus vives. Cet auteur nous dit que les Tencières se distinguent des autres Germains par leur goût pour les chevaux, à tel point que cette partie de la fortune est dévolue suivant une règle successorale particulière : « Chez eux, les chevaux se transmettent conjointement avec la *familiâ*, les pénates, et les droits inhérents aux successions ; ils sont dévolus à un fils ; seulement ce n'est pas au fils aîné, comme toutes les choses dont nous venons de parler, c'est au plus brave et au plus guerrier ». Le texte latin est le suivant : « Tenciteri equestris disciplinæ arte præcellunt... Inter familiam et penates et jura successionum equi traduntur ; excipit filius, non, ut cætera, maximus natu, sed prout bello ferox et melior » (2). Ainsi donc il y a, chez les Tencières au moins, un ensemble de biens qui sont dévolus au fils aîné, les chevaux appartiennent au plus brave. Le droit d'aînesse existe chez ce peuple, tout le monde en est d'accord.

(1) Je renvoie également pour cette discussion à la brochure de M. Glasson : *Le droit de succession dans les lois Barbares*, et au volume de M. Fustel de Coulanges : *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*.

(2) Germanie, 32.

Où la discussion s'ouvre, c'est sur la question de savoir si ce texte doit être réservé aux seuls Tencières, ou, au contraire, être étendu à tous les Germains. M. Glasson fait remarquer que le livre de Tacite est divisé en deux parties. Dans la première, l'auteur parle des usages communs à tous les Germains ; dans la seconde, il passe en revue les différents peuples et s'attache à montrer leurs particularités. Dans la première partie, Tacite nous apprend en termes absolus que les Germains ne connaissaient pas le testament : *Heredes tamen successorum sui cuique liberi : et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patruī, avunculi* » (1). Tacite nous donne donc, dans cette première partie, la loi générale de succession, et il ne parle pas de droit d'aînesse. Ce n'est que dans la seconde partie de son livre qu'il en fait mention, à propos d'une tribu particulière. Le tient-il pour général chez les Germains, et n'en a-t-il parlé que pour arriver à la dérogation qu'il comporte chez les Tencières, comme le veut M. Fustel de Coulanges ; ou faut-il, au contraire, voir dans la conservation du droit d'aînesse chez ceux-ci une dérogation au régime successoral de l'ensemble de la Germanie, comme le veut M. Glasson ? Voilà la question.

D'après ce dernier, l'opinion adverse attribue à Tacite une contradiction et un manque de méthode. Ce n'est pas dans la seconde partie de son livre et à propos d'un seul peuple, qu'il aurait dû parler du droit d'aînesse, mais bien dans la première partie, à propos du droit commun des successions. Or, dans cette partie, il ne fait aucune distinction ni de sexe, ni de primogéniture, et il emploie même le mot d'*heredes sui*, qui, pour M. Glasson, est exclusif de droit d'aînesse. De plus ce droit ne se retrouve dans aucune des législations germaniques à l'époque des invasions, et il faut alors expliquer sa disparition.

(1) Germanie, 20.

Il y a tout d'abord un point acquis : c'est que le droit d'aînesse existait chez les Tencières. Or, il me semble étrange qu'entre des peuples ayant la même origine, les mêmes mœurs, le même corps d'idées morales et religieuses, il puisse exister dans leurs règles successorales une telle différence. Le droit d'aînesse implique tout un ensemble d'usages et de traditions, qui modifient largement l'organisation sociale à laquelle il s'adresse. Il suffit pour s'en convaincre de voir quelle place il a tenu en France jusqu'à la Révolution. Comment donc des peuples qui se tenaient de si près ont-ils pu être si différents d'habitudes ? Et ce qui paraît plus étrange encore, c'est que si cette différence a existé, elle ait échappé à l'esprit profondément philosophique et observateur de Tacite, qui n'en parle pas. Son chapitre est consacré à l'adresse équestre des Tencières et à leur passion pour les chevaux. Cette passion est telle, que, dans les successions, ils sont considérés comme faisant partie des choses qui représentent l'élément traditionnel de la famille. Ils sont placés sur la même ligne que les dieux pénates. Ceux-ci se transmettent à l'ainé, continuateur et représentant de cet être moral, la famille, c'est-à-dire de toute la série des générations qui ont précédé et dont le souvenir vit et est sanctifié dans le foyer domestique. Seulement, comme il est juste que ces chevaux appartiennent à celui qui sait le mieux s'en servir, c'est au plus brave qu'ils sont dévolus. Et au milieu de tous ces détails sur le goût des Tencières pour les chevaux, et la place que ceux-ci occupaient dans les successions, Tacite ne trouve pas le temps de nous dire que cette institution du droit d'aînesse, si importante au point de vue social, est un fait particulier à ce peuple, et de s'en étonner !

La seule explication possible à mon avis, est que Tacite considérait le droit d'aînesse comme général en Germanie, et qu'il s'est servi d'une comparaison pour mieux faire ressortir sa pensée. Les droits successoraux, qui tiennent à l'idée même de famille, forment une classe à part, dont la dévolution appartient

à l'ainé. Chez les Tenctères, les chevaux ont une telle valeur qu'ils sont assimilés à ces droits. Comme eux, ils forment une classe à part et passent à un fils. Mais ce fils n'est pas l'ainé, c'est le plus brave à la guerre. Et si nous remarquons avec quel soin il fait ressortir ce mot de fils, comme il le met en vedette pour ainsi dire : *excipit filius, non...*, si nous le rapprochons ensuite des trois termes de la première partie de la phrase *familiam — penates — jura successionum*, nous pourrions peut-être arriver à une conclusion fort utile.

Le mot *familia* doit être entendu, à mon avis, dans un sens un peu restreint. Il désigne les esclaves qui sont attachés à la famille et à la maison qu'elle habite, pour le service intérieur. Nous les appellerions aujourd'hui des domestiques. Ils devaient être peu nombreux, en général, attachés depuis longtemps à la famille et unis à elle par un commerce incessant. Quant au mot *penates*, il désigne le domicile de la famille et l'espace de terre qui l'entoure. Il revêt un caractère sacré, car ce domicile est en même temps celui des dieux pénates, des ancêtres dont le souvenir se prolonge chez leurs enfants. Enfin, *jura successionum* indique la série des droits qui passent de la tête du mourant sur celui qui continue sa personne. A Rome, ce serait la *patria potestas*, le *jus sacrorum*, le *jus patronatus*. Chez les Germains, c'est le *mundium*, le droit au *reipus*, et, en cas de meurtre d'un membre de la famille, la *compositio sanguinis*. La loi des Thuringiens précise cette idée des *jura*, quand elle nous dit que « la vengeance du meurtre d'un parent, le prix de ce meurtre et la terre, échoient au même héritier ».

De ces observations il résulte que ces trois séries de biens, la *familia*, les *penates*, les *jura successionum* affectent un caractère particulier. Il y a entre eux et l'idée de famille, un rapport très étroit. Ils sont le produit de cette idée de famille, personne morale, une dans le passé, le présent et l'avenir. Ce ne sont pas tant des biens matériels, que des charges morales qui échoient au fils aîné. La famille est une entité complète, un

être à part, qui ne tient pas compte du présent seulement, mais qui remonte dans le passé et se reflètera dans l'avenir. Elle a son orgueil de race et chacun est fier de lui appartenir. Il faut quelqu'un qui personnifie cet être idéal, qui soit le conservateur, le grand-prêtre de ses traditions et de ses gloires. Ce rôle doit appartenir au fils aîné. Voilà pourquoi ces droits inhérents à l'idée de famille comme organisme complet, la *familia*, le foyer domestique, les droits du sang, lui sont réservés. Le reste du patrimoine, les meubles, les troupeaux de bétail, sont partagés entre tous les enfants, et Tacite a raison de les appeler héritiers siens de leur père. Mais il y a une catégorie de biens qui appartiennent, non pas aux individus vivants, mais à la famille tout entière dans son développement historique. Ces biens sont soumis à une loi de succession particulière; ils reviennent à un fils, *excipit filius*, dit Tacite, plaçant ce mot de fils en rejet pour mieux le faire sonner, car un fils seul peut représenter cette idée de famille, et ce fils c'est l'aîné.

Cette manière d'entendre le texte de Tacite est en parfait accord avec ce que nous avons vu de la constitution de la famille chez les Germains. C'est la reproduction du tableau que nous ont montré les Aryas de l'Inde. Les Germains avaient tous conservé, dans une certaine mesure, cette religion du foyer, cette organisation sacrée de la famille. Comment croire que les Tenctères seuls aient conservé le droit d'aînesse ? (1)

(1) S'il ne me paraît pas juste d'admettre que le droit d'aînesse avait disparu en Germanie à l'époque de Tacite, il ne faut cependant pas lui accorder plus d'importance qu'il n'en mérite. Pour ma part, je le considérerais sans trop de peine comme un souvenir. C'est une tradition qui s'en va. Il donnait à l'aîné une autorité morale plutôt qu'une autorité matérielle. Les avantages pécuniaires qu'il pouvait représenter étaient fort peu de chose. La maison paternelle était une mauvaise hutte, et les autres fils n'avaient pas grand-peine à s'en construire d'autres à ses côtés. Son principal mérite était le souvenir des ancêtres, l'idée de foyer de la famille, qui lui étaient attachés. La *familia* était composée de quelques rares esclaves attachés au service de la maison, et les Germains ne devaient pas être bien exigeants là-dessus. La plus grande partie des esclaves, formant une partie importante de la famille, étaient disséminés sur les terres qu'ils cultivaient et se partageaient entre les enfants. Je crois même que l'aîné devait partager avec ses frères les *jura successionum*. Seulement, comme il était le chef de la famille, c'est à lui que devait appartenir l'exercice de ces droits, quitte à en partager les bénéfices. Cela expliquerait le silence de Tacite, qui, tout en reconnaissant que le droit d'aînesse existait en Germanie, passe sans insister. Le droit d'aînesse n'est plus qu'une survivance d'usages très anciens. Il disparaît chaque jour, et les lois barbares sont muettes à son sujet. En Grèce, à Rome, il s'est éteint de même. Il existait incontestablement dans l'Inde. Il se retrouve en Germanie chez les Tenctères, tout le monde l'admet. Il n'y a pas plus de raison pour qu'il ait disparu avant l'époque de Tacite, qu'après la mort de cet historien.

Quand nous arrivons à l'époque des lois barbares et à l'établissement des Francs en Gaule, le droit d'aînesse a disparu, et pas une seule des nombreuses lois barbares que nous possédons n'en fait mention. En revanche, le privilège de masculinité a pris une importance exceptionnelle, et, contrairement à l'opinion générale, le principe de l'exclusion des femmes de la succession, au lieu de s'atténuer, s'est développé dans des proportions énormes aux temps barbares et au Moyen âge. C'est encore M. Glasson qui a montré combien était fausse l'opinion qui prétendait trouver chez les Germains de Tacite le privilège de masculinité, quand il y avait au contraire égalité presque complète entre les sexes au point de vue successoral. Dans le texte de Tacite que nous avons cité plus haut, tous les enfants sont également appelés à succéder : « *Heredes successorumque sui cuique liberi* ». Le mot *liberi* est général, et Tacite a même soin de les qualifier d'*héritiers siens*, pour bien montrer qu'ils héritent d'eux-mêmes en vertu de l'idée de co-propriété de famille. La façon dont est construite la phrase qui parle des Tencières est une nouvelle preuve de cette égalité entre les enfants. Le soin avec lequel le mot *filius* est mis en évidence à propos d'une série de droits d'une nature particulière réservés à un fils, indique que les filles prenaient leur part dans les autres biens. Le seul privilège en faveur des mâles que l'on puisse trouver en Germanie, c'est la préférence des oncles paternels sur les oncles maternels.

Du reste, dans les lois barbares, l'exclusion de la femme n'existe que pour la succession immobilière. La femme prend part aussi bien que les hommes au partage du mobilier, et, au temps de Tacite, la terre n'entrant pas dans la succession, il n'y a pas de raison pour qu'elle subisse une exclusion quelconque. Mais les lois barbares reconnaissent la propriété de la terre et toutes la réservent aux mâles. Il n'entre pas dans notre sujet de discuter longuement cette question, et je constaterai simplement avec M. Glasson que l'exclusion n'était pas aussi absolue qu'on

pourrait le croire. Elle est limitée par la nature des terres auxquelles elle s'adresse. Dans la loi Salique, ce n'est pas toute la terre, mais la *terra salica*, qui est réservée aux mâles, la *terra aviatica* dans la loi des Ripuaires. Ces deux mots, qui sont synonymes, me conduisent à une observation fort intéressante à mon avis.

Cette disposition de la loi Salique, qui se retrouve analogue dans la loi Ripuaire « *de terra vero salica nulla portio hereditatis mulieri veniat: sed ad virilem sexum tota terræ hereditas perveniat* » m'apparaît comme un vestige du droit d'aînesse que nous avons vu plus haut. Je vois là une singulière analogie entre cette *terra salica*, cette terre sur laquelle est bâtie la maison paternelle, et cette maison entourée de son champ qui renferme le foyer de la famille, ces *penates* dont parle Tacite. La religion du foyer a disparu et le droit d'aînesse avec elle, mais le sentiment de la famille ne s'est pas éteint, et la conception rigoureuse que ces peuples en avaient est restée la même. Ce n'est plus un petit champ qui entoure la maison, ou plutôt qui en fait partie, c'est un domaine véritable, nécessaire à des peuples que la guerre ne fait plus vivre et qui doivent demander à la terre leur nourriture, mais ce domaine n'en a pas moins conservé son ancien caractère. Il est le sanctuaire de la famille, la base inébranlable sur laquelle elle repose ; il ne faut pas qu'une partie quelconque en aille dans une autre famille, ce serait presque un sacrilège. La terre est réservée aux mâles.

C'est donc à l'idée de famille qu'est due, chez les peuples de race germaine, l'apparition du privilège de masculinité. Cette remarque est intéressante à faire, car cette même idée sera plus tard une des causes du développement du droit d'aînesse chez les nations du Moyen âge. Le désir du chef de famille de laisser après lui son nom et celui de ses ancêtres puissant et redouté, servira beaucoup à étendre le privilège de primogéniture. L'orgueil de caste a pour origine l'orgueil de famille.

SECTION CINQUIÈME

L'IRLANDE

Le droit d'aînesse est, au dire de Sumner Maine, (1) un des problèmes les plus difficiles de l'histoire du droit, et sa résurrection au Moyen âge n'a pas encore trouvé d'explication complète. Nous avons suivi ce droit chez les différents peuples de l'antiquité, chez les Germains, espérant trouver dans nos recherches le rayon de soleil qui percerait les nuages de son origine. Une dernière étude nous reste à faire avant d'attaquer de front ce problème embarrassant.

Un savant anglais, O'Curry, a publié une traduction des anciennes lois irlandaises, et a ouvert ainsi à la critique historique un champ plus étendu, en facilitant l'étude d'institutions et de coutumes fort originales qui remontent aux temps primitifs des sociétés, et dont par cela même il ne reste qu'un petit nombre de témoignages. Cette nouvelle source de connaissances va nous fournir deux observations utiles à notre sujet. La première, c'est le privilège de masculinité et le partage égal entre les mâles dans la famille, la seconde, le principe de primogéniture comme loi de succession au commandement du clan.

La famille irlandaise, que l'on peut comparer à la famille associée des Hindous, le *sept*, corporation assez restreinte, assez rapprochée d'un ancêtre commun pour que la parenté de ses membres soit réelle, est gouvernée, au point de vue de la dévolution des biens, soit par le *gavelkind*, soit par la coutume de *tanistry*. « Avant l'introduction du droit coutumier anglais, dit sir John Davis, toutes les propriétés du territoire de l'Irlande étaient soumises soit au régime de *tanistry*, soit à celui de

(1) *L'ancien droit*, p. 214.

*gavelkind*. Toute seigneurie ou puissance de chef, ainsi que les terres qui en dépendaient, passaient sans partage au *tanist*, toujours choisi à l'élection ou par un coup de main, mais non par droit de naissance. Quant aux tenures inférieures, elles étaient partagées entre les mâles sous le régime de *gavelkind*. » (1)

Ce passage se rencontre dans un des fameux débats à la suite desquels les juges anglo-irlandais prononcèrent l'illégalité des modes nationaux de tenures en Irlande. Et sir John Davis définit le *gavelkind* : « En vertu de la coutume irlandaise de *gavelkind*, les tenures inférieures se partageaient entre tous les mâles du *sept*, qu'ils fussent bâtards ou légitimes; et le partage opéré, si quelqu'un venait à mourir, sa part ne se divisait pas entre ses fils, mais le chef du sept faisait un nouveau partage de toutes les terres de ce *sept* et apportionnait chacun eu égard à son ancienneté. » (2) Cette coutume de *gavelkind* se retrouve dans les autres pays d'origine celtique, dans les highlands d'Ecosse et le comté de Kent. Mais il est probable qu'il y avait aussi d'autres modes de succession. Le docteur Sullivan, dans sa savante *Introduction aux Dissertations d'O'Curry*, s'exprime ainsi : « Dans la coutume irlandaise, la propriété passait d'abord uniquement aux héritiers mâles du défunt; chacun de ses fils recevait une part égale... Plus tard, les filles semblent avoir eu le droit d'hériter de tous les biens quand il n'y avait pas de garçons. » (3) Quoi qu'il en soit, le droit d'aînesse ne paraît pas avoir existé dans les successions particulières de l'Irlande.

La règle n'est pas la même pour la succession du chef, pour la transmission du pouvoir politique. C'est le principe de primogéniture qui s'applique ici. Mais il ne faut pas envisager ce principe avec les idées que nous a laissées le spectacle de la féodalité. Le commandement se transmettait dans la même famille, dans la branche aînée des agnats. Il semble y avoir là une dégéné-

(1) Sumner Maine : *Hist. des instit. primitives*, p. 230.

(2) Ibid. p. 232.

(3) Ibid. p. 237.

rescence du droit d'ainesse primitif qui se retrouve dans la législation hindoue. Nous avons vu dans l'Inde que le droit d'ainesse, constant dans la communauté de famille, s'est affaibli dans cette famille agrandie, la communauté de village. Le privilège de l'ainé subsiste toujours, et c'est généralement l'ainé des agnats qui est désigné comme administrateur, mais il est soumis à l'élection. Il semble que la branche ainée ait gardé plus pur le sang des ancêtres, et voilà pourquoi c'est un de ses membres qui est élu comme chef. La même idée se retrouve en Irlande. Le principe de primogéniture s'est modifié. Ce n'est pas nécessairement le fils ainé du mort qui lui succède. Le plus souvent il dut en être ainsi, parce que, en même temps que le chef, on choisissait son successeur, son fils ainé. Mais cela n'était pas obligatoire. La seule règle reçue était que le chef devait être choisi dans la branche ainée, et il y a là, je crois, un souvenir du temps plus ancien où, comme dans l'Inde, le fils ainé avait été le chef de la famille. Il ne faut pas prendre à la lettre le passage de sir John Davis que nous avons cité plus haut. Sir John Davis a voulu justifier l'introduction des lois anglaises en Irlande et a noirci le tableau des luttes qu'entraînait le système de succession indigène. Le droit de naissance est une condition essentielle à l'élection du chef. Les doutes qui se sont élevés à propos des droits du fils ainé, paraissent viser plutôt un cas de représentation, un petit-fils dont le père est mort avant l'aïeul. Souvent l'oncle a pris la place de son neveu, parce que, pour une société grossière, composée d'hommes grossiers, il valait mieux être gouverné par un homme d'âge mûr que par un enfant. Il ne faudrait cependant pas en faire la règle générale. Je crois que de fait ce fut le fils ainé qui succéda à son père. Nous trouvons dans les annales des Mac-Donald (1) d'Ecosse, le récit d'une cérémonie dans laquelle on omettait l'enfant pour donner l'héritage à l'oncle. Celui-ci est élu par le clan. C'est à son neveu aujourd'hui

(Sumner Maine : *Ancien droit*, trad. Courcelle-Seneuille, p. 228.

d'hui omis quereviendra à sa mort le commandement. Un exemple semblable a fourni à Shakspeare le sujet de sa tragédie d'Hamlet. C'est aussi la loi de succession du trône en Turquie et chez les populations arabes.

Que dans la pratique il y eut en Irlande des compétitions, et que parfois l'usurpateur ait triomphé, cela est probable. Le soin avec lequel en même temps que le chef on désignait son successeur, de même que nos premiers rois Capétiens ont associé de leur vivant leur fils aîné à la couronne, en est une preuve. Mais cela ne détruit pas notre théorie. Les clans celtiques ont reconnu le principe de primogéniture. Ils l'ont légèrement modifié, ils ne l'ont pas rejeté.



## CHAPITRE II

### FORMATION DU DROIT D'AINESSE

#### *SECTION PREMIÈRE*

##### RÉAPPARITION DU DROIT D'AINESSE AU MOYEN AGE

Dans notre étude sur le droit d'ainesse à travers les âges, nous l'avons retrouvé chez les Hébreux et chez tous les peuples de race aryenne. Il nous est apparu comme une conséquence de la constitution de la famille et du culte des ancêtres. Au moment où ces peuples entrent dans l'histoire, ces deux faits sont intimement soudés. Est-ce la constitution de la famille, telle que nous la connaissons, qui a engendré le culte des ancêtres, ou au contraire, le culte des ancêtres qui a fourni le ciment de cette organisation puissante de la famille ? Il est difficile de le démêler.

Les auteurs qui se sont occupés de l'étude des sociétés primitives sont très indécis, et apportent plutôt des arguments de sentiment que des preuves précises. Pour les uns, c'est aux nécessités avec lesquelles la famille s'est trouvée en lutte dans l'enfance des hommes, qu'elle a dû son organisation compacte, et, à sa suite, ces sentiments d'affection et de vénération pour les membres que la mort lui enlevait. Pour les autres, c'est l'idée que ces hommes primitifs se sont faite de la mort, la croyance à la survivance et à l'influence bonne ou malfaisante des génies de leurs pères, qui ont fourni le lien étroit qui a groupé tous les descendants de ces ancêtres. J'adopte pour ma part la pre-

mière opinion. Les travaux faits sur l'enfance des sociétés, et surtout les résultats remarquables auxquels sont arrivés deux savants américains, MM. Morgan (1) et Mac Lennan, nous ont montré des phases de sociétés bien antérieures à cette constitution solide de la famille, et où les hommes avaient trouvé d'autres moyens de protection. Le culte des ancêtres paraît remonter très haut. Mais je comprends difficilement ce culte, sans l'idée de famille. Qu'il ait contribué à préciser cette idée et à donner à la famille elle-même une organisation plus solide, je le crois; mais il ne l'a pas créée.

Le culte des ancêtres a contribué dans une large part au développement de la famille. Il a servi de trait d'union entre la famille passée et la famille future. Il en a fait un organisme complet, indépendant, un être réel. Le droit d'aînesse a été le produit de cette coopération. Le fils aîné, chef et administrateur de la communauté, a été en même temps, dans l'Inde, le représentant des ancêtres, le continuateur du culte. Ce dernier caractère a même fini par l'emporter sur le premier, comme l'idée de famille elle-même a été subordonnée à l'idée de culte. Il en est ainsi chez les autres peuples de race aryenne que nous avons étudiés. Les Hébreux, dans des conditions de race et de vie sociale différentes, ont donné également pour base un sentiment religieux à leur droit d'aînesse, mais ce nouveau caractère a dû venir se greffer sur un droit préexistant et lui donner simplement une nouvelle autorité.

Au point de vue historique et social, le droit d'aînesse est le produit de l'idée de famille à une certaine puissance. Toutes les fois que la famille a présenté une organisation compacte, elle a cherché dans le droit d'aînesse son principe coordinateur. Dans les législations anciennes, c'est le culte des ancêtres qui a donné à la famille cette concentration. Il n'a eu sur le droit d'aînesse qu'une influence en retour.

(1) *Systèmes de parenté et d'alliance dans la famille humaine.*

Ce culte des morts, que nous avons donné comme élément conservateur du droit d'aïnesse, et le droit d'aïnesse lui-même, ont disparu dans les lois barbares. Ils n'étaient déjà plus au temps de Tacite que des survivances de mœurs anciennes. Peu à peu ils se sont éteints par le non usage. Du reste, une modification profonde s'est faite dans l'état social des peuples Germains. La terre a pris une valeur considérable et est devenue la partie la plus importante de la fortune. L'établissement des Francs en Gaule a été le dernier terme de cette longue migration des peuples aryens à travers l'Europe, à la recherche d'un établissement durable. Au moment où ils y sont arrivés, la propriété individuelle était constituée, et désormais ce n'est plus la guerre et le butin qui dirigent leur ambition, mais l'acquisition et la conservation de la terre.

#### § I. — Etablissement des Francs en Gaule. — Naissance de la Féodalité.

La question si souvent agitée et jamais complètement résolue du partage des terres de la Gaule par les Francs ne doit pas nous arrêter. Il est un fait certain, c'est que, si les Francs laissent aux possesseurs indigènes une partie de leurs terres, ils en prirent au moins pour eux-mêmes ce qui leur était nécessaire. Les domaines du fisc romain devinrent la part de leurs chefs, la propriété de Clovis et de ses successeurs. Pendant le temps qui sépare l'époque de Tacite de celle de l'invasion de la Gaule, le pouvoir royal s'était remarquablement développé chez les Germains. Le roi tel que nous apparaît Clovis a une autorité autrement imposante que celle de l'ancien chef german. La situation des nobles s'est élevée. Un mouvement de hiérarchisation des hommes s'est produit. Le sentiment de l'autorité et du respect qui lui est dû s'est fortifié, tandis que s'affaiblissait le sentiment de l'indépendance individuelle et de l'égalité des hommes. Le

voisinage de l'Empire romain, l'influence de son droit et de sa civilisation, ont eu probablement une grande part dans ce changement. La paix relative, dans laquelle ces peuples avaient vécu depuis Tacite, maintenus qu'ils étaient par les légions romaines, a fait le reste.

Après l'établissement des Francs en Gaule, la composition de la bande guerrière était devenue plus fragile. En Germanie, le renom du chef attirait autour de lui une foule de guerriers vaillants qui devenaient ses compagnons, ses *comites*, qui vivaient à sa suite, l'accompagnaient dans ses expéditions et rivalisaient de valeur avec lui dans les combats. Un lien personnel rattachait ces guerriers à leur chef, la *recommendatio*. « *Illum defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriæ ejus assignare præcipuum sacramentum est* », dit Tacite en parlant des devoirs des *comites* envers leur *dux*. Il dit ailleurs qu'ils se *vouaient* à lui, et nous connaissons quel sens rigoureux ce mot avait dans la langue latine. En retour, le chef leur faisait des dons d'armes, de chevaux, de bétail. Ce lien essentiellement personnel pouvait être rompu. Il suffisait à celui qui voulait quitter son chef pour s'enrôler sous les ordres d'un autre, de lui rendre ce qu'il tenait de lui. Il retrouvait près de son nouveau chef ce qu'il avait laissé chez le premier. Le lien était essentiellement fragile.

Cette pratique de la *recommendatio* se conserva en Gaule. Les dons du chef à ses guerriers changèrent de nature ; à la place des chevaux, des armes, du bétail, il leur donna des terres. Cela amena une transformation dans leurs habitudes. Au lieu de rester groupés comme par le passé, ils se séparèrent. Cette bande ne se dispersa pas sur le champ en individus pressés d'aller habiter chacun son propre domaine ; les principaux chefs occupèrent de vastes territoires, et beaucoup de leurs compagnons continuèrent à vivre auprès d'eux, dans leur maison. Mais cette dissolution ne fait que s'accroître ; ces hommes s'attachent à la terre, et, malgré leur humeur aventureuse, ils

ne se laissent guère entraîner dans des expéditions lointaines. Dans tous les cas, leur éloignement n'est que momentané, et ils reviennent en hâte à leur maison et à leurs champs. Ces guerriers sauvages se laissent séduire par les douceurs d'une civilisation plus belle, d'un climat plus chaud ; ils se laissent aller à n'avoir qu'un désir, jouir de leurs biens. La terre leur fournit repos et richesses, ils commencent à aimer cette terre qui les fait vivre. Le sentiment de la propriété mord leur cœur ; ils n'ont qu'un désir, la conserver. Les chefs perdent ainsi leurs guerriers, et en même temps leurs richesses ; ils sont obligés à de perpétuelles largesses, soit pour conserver la fidélité de leurs anciens compagnons, soit pour s'assurer celle des nouveaux. Les rois des deux premières races finirent par y laisser leurs domaines, sans parvenir à calmer les appétits de leurs soldats.

Ces chefs francs, transplantés en Gaule, et peu à peu disséminés sur tout le territoire, au moins jusqu'à la Loire, ne furent pas seulement des propriétaires, ils continuèrent à être des chefs. Ils conservèrent tous, plus ou moins, quelques-uns de leurs anciens compagnons qui vivaient sur les terres qu'ils leur donnaient, et ils maintinrent sur eux leur autorité. Ces *rachimbourgs* qui apparaissent dans les manuscrits mérovingiens, qui assistent le comte (*graft*) dans l'assemblée, le *mall*, ne sont autre chose que ces anciens compagnons. C'est l'embryon de la féodalité ; les chefs ont aussi un autre caractère, ils sont les représentants du pouvoir royal. Les rois mérovingiens, continuèrent à leur profit les traditions de l'administration romaine. Les idées d'autorité, qui avaient fourni la base de l'organisation impériale, furent acceptées avec faveur par les comtes, mais à leur avantage. Ils n'eurent plus seulement un commandement militaire ; ils eurent une souveraineté politique.

Au milieu de l'impuissance des rois mérovingiens, et des luttes qui ensanglantèrent la fin de cette race, l'influence de ces chefs, de ces leudes ne fit que grandir ; et il fallut la persé-

vérante application, et l'activité prodigieuse de Charlemagne ajoutées à sa toute puissance, pour les faire revenir au respect du pouvoir royal et les y maintenir. L'institution des *missi dominici* fut un coup terrible dirigé contre eux, et pendant tout le règne du grand empereur, les comtes et gouverneurs de provinces furent obligés de se courber devant sa haute volonté. Ils furent de simples administrateurs, révocables sur un signe de sa main, je dirai presque de simples fonctionnaires ; mais la faiblesse de ses successeurs et les luttes qui éclatèrent entre Louis-le-Débonnaire et ses fils, leur rendirent bien vite leur importance. La royauté vacillante chercha par des concessions nouvelles à se procurer des défenseurs. Soixante-trois ans après la mort de Charlemagne, l'hérédité des bénéfices était proclamé par Charles le Chauve dans le capitulaire de Kiersy-sur-Oise, en 877.

Nous avons esquissé rapidement l'histoire de la condition des Francs en Gaule sous les rois de la première race et sous les premiers Carlovingiens. Le fait dominant est la tendance constante des leudes à arriver à la possession définitive, à la propriété de la terre. Ces bénéfices, qu'ils tiennent de la faveur royale à titre précaire, ils cherchent par tous les moyens à les conserver. Le traité d'Andelot, en 577, impose au roi Gontran et au roi Childebert son neveu, le respect des droits des leudes, et proclame leurs bénéfices viagers. Quand, en 877, Charles le Chauve signa le capitulaire de Kiersy-sur-Oise, il ne fit que consacrer légalement une règle passée dans les mœurs. Une foule de monuments attestent qu'à cette époque, lorsque, à la mort d'un gouverneur de province, le roi essayait de donner son comté à quelqu'autre qu'à un de ses descendants, non seulement il y avait résistance de l'intérêt personnel, mais qu'une telle mesure était considérée comme une violation de droit, comme une véritable injustice. Un exemple entre beaucoup d'autres le prouve. Wilhelm et Engelschalk occupaient sous Louis le Bègue deux comtés sur les confins de la Bavière :

à leur mort leurs offices furent donnés au comte Arbo au préjudice de leurs fils : « Ces enfants et leurs parents prenant cela comme une grande injustice, dirent que les choses devaient se passer autrement, et qu'ils mourraient par le glaive ou qu'Arbo quitterait le comté de leur famille. » Les comtes les plus puissants de Bavière prirent parti pour les enfants de Wilhelm et d'Engelschalt et chassèrent Arbo. (1).

Il ne faut cependant pas se laisser abuser. La transmission du bénéfice aux enfants de celui qui le possédait est un fait, non pas un droit. La concession du bénéfice devenait nulle, non seulement par la mort du bénéficiaire, mais par celle du collateur, et tous les textes de l'époque mérovingienne et de l'époque carolingienne confirment cette règle. A la mort de leur père, les enfants du bénéficiaire devaient se présenter devant le roi, et, après s'être recommandés à lui, ils obtenaient les biens de leur père. De même, si du vivant du seigneur, son suzerain était remplacé par un autre, les bénéfices concédés par le premier devaient être confirmés par le second, et les anciens concessionnaires étaient tenus de faire hommage à celui-ci. Même après le capitulaire de Kiersy-sur-Oise, l'hérédité des bénéfices n'est pas un fait accompli, et pendant tout le dixième siècle et jusqu'au onzième, c'est une lutte incessante entre le pouvoir royal et ses vassaux, le premier pour rappeler à lui les terres qu'il a données, les seconds pour conserver ces terres qui leur ont été données. Les règnes des premiers Capétiens sont marqués par cette résistance constante de la royauté aux envahissements de la féodalité. Les mémoires de Richer nous en fournissent plusieurs exemples, d'autant plus curieux qu'ils témoignent de l'incertitude des droits des vassaux.

Ceux-ci reconnaissent la prétention du pouvoir royal, et c'est sur des raisons spéciales qu'ils s'appuient pour faire admettre leur demande. Dans la lutte entre Hugues Capet et Eudes, comte

(1) Ann. Fuld. *Recueil des Histor. de la France* T. VIII p. 48.

de Blois, au sujet du château de Melun, celui-ci reconnaît parfaitement le droit d'Hugues Capet, de rappeler le fief à la couronne de France. Ce qu'il lui reproche, c'est de lui avoir enlevé à lui, comte de Blois, non pour le rattacher à la couronne, mais pour le donner à un autre, un bénéfice qui avait été possédé par son grand-père. Cette doctrine se développe, et dans une nouvelle querelle qui éclata entre les fils de ces deux hommes, entre Robert II, roi de France, et Eudes II, comte de Blois, au sujet de la succession du comte de Champagne, on constate un pas en avant fait par la féodalité. Eudes II reconnaît jusqu'à un certain point comme amovibles les bénéfices provenant d'une aliénation récente du domaine royal actuel, mais au contraire, ceux dont la collation remonte à plusieurs générations, doivent être considérés comme héréditaires, et à l'abri de toute revendication royale. Cette doctrine prévaut de plus en plus, et sous Philippe I la transmission héréditaire des grands fiefs s'effectue sans intervention de la royauté. Seuls les petits fiefs conservent encore un caractère viager. Mais c'est là le dénouement de la longue lutte qui a commencé entre les premiers rois mérovingiens et leurs leudes, d'un côté pour maintenir les droits de la royauté à la libre disposition des bénéfices, de l'autre pour acquérir la pleine propriété et la conservation de ces bénéfices dans la famille. Après des alternatives de succès et de revers, selon que la royauté a été la plus forte ou la plus faible, la féodalité a fini par l'emporter, et, à l'ouverture du x<sup>e</sup> siècle, le principe de l'hérédité des fiefs est devenu une loi dont les rois ne contestent plus l'application.

## § II. — Etat social de la France aux IX<sup>e</sup> et X<sup>e</sup> siècles.

La féodalité a trouvé dans le droit d'ainesse le principe de sa force et de sa puissance. L'a-t-elle tiré des traditions de sa race ou est-il sorti tout formé des nécessités sociales ? Voilà la question délicate qu'il s'agit de résoudre.

Le droit d'aînesse nous est apparu au berceau des races aryennes dans la famille et dans la tribu. Il a revêtu un double caractère selon qu'il s'est appliqué à l'une ou à l'autre. Dans les deux cas d'ailleurs, c'est le droit de famille et le culte des ancêtres qui en ont été la base. Il a suivi les peuplades errantes qui se sont répandues de l'Asie sur l'Europe. Chez les Grecs, chez les Romains, il s'entrevoit à l'origine de leur histoire ; il se retrouve en Germanie, chez les Celtes d'Irlande et de la Grande-Bretagne. Il est intimement lié à la constitution de la famille comme être à part, comme individualité distincte, se prolongeant dans le passé et dans l'avenir à travers la série de ses générations. Cette idée s'est affaiblie peu à peu sous les efforts de chacun de ses membres pour développer leur personnalité. Dans la famille ancienne, l'individu n'est qu'un instrument de son développement, il est sacrifié à elle. A un moment donné, cet individu a voulu vivre pour lui-même, avoir une existence pleine et indépendante. Aussi le droit d'aînesse a-t-il disparu rapidement en Grèce et à Rome. A l'époque de Tacite, il se retrouve encore chez les Germains, mais plutôt] comme tradition du passé. Il est en train de disparaître. Cette espèce de hiérarchie dans la famille, qu'implique le droit d'aînesse, n'a pu subsister devant les efforts violents de chaque membre pour affirmer son individualité, devant ces sentiments passionnés de liberté et d'indépendance. La constitution de la famille elle-même en avait été atteinte. Le caractère religieux du lien qui unissait ses]membres s'était modifié. La famille germane est plutôt une confrérie guerrière.

Il n'en était plus ainsi au Moyen âge. Cette liberté farouche des anciens Germains a disparu. Sous l'influence de Rome, les principes d'autorité ont pénétré le monde barbare. La pratique de la *recommendatio*, pratique limitée en Germanie et qui ne donnait naissance qu'à un lien temporaire et purement volontaire, est devenue générale. Les rois Mérovingiens l'ont encouragée. Charlemagne, espérant la réglementer, et tenir

ainsi ses sujets sous sa main en les disciplinant, a imposé à tout homme libre l'obligation de se recommander à un *senior*, avec défense de quitter son *senior* sans de graves raisons. La terre, les bénéfices ont été le but et la récompense de cette recommandation. Le lien est devenu autrement difficile à rompre, et, peu à peu, une hiérarchie des personnes, qui n'avait rien eu d'analogue en Germanie, s'est organisée dans l'Empire franc. La liberté à outrance, l'égalité fière du guerrier germain ont fait place à une inégalité constante, à une subordination de tous les jours. Ce n'est dans tout le royaume qu'une longue suite de séries d'obligations qui relient les hommes entre eux, de devoirs de vassal à seigneur. Le sentiment de l'autorité est partout.

Voici donc l'élément dissolvant du droit d'aînesse disparu à son tour, et remplacé par un principe singulièrement propre au développement de ce droit. Les vieilles traditions des races aryennes subsistent encore comme forces latentes dans le fond des cœurs. La famille a toujours une organisation sévère. Les droits du mari sur sa femme, du père sur ses enfants, sont aussi étendus qu'en Germanie. La famille, resserrée dans le château, entourée d'ennemis de toutes sortes, au milieu des troubles et de l'anarchie des ix<sup>e</sup> et x<sup>e</sup> siècles se concentre. Elle se rapproche de la famille primitive, de celle que nous avons vue dans l'Inde, en Grèce et à Rome, non pas au point de vue de la parenté agnatique, car la femme commence à y jouer un rôle, mais au point de vue de la rigueur du lien du sang. L'idée de famille reprend une nouvelle force et elle est bien plus vivante que dans les lois barbares. La copropriété de famille renaît, et nous en trouverons plus tard la trace dans le droit anglais, qui préfère les parents de *sang entier* aux parents d'un seul côté, et qui pousse cette préférence jusqu'à faire succéder les femmes germaines, aux dépens des parents mâles d'un seul côté. La division des propres dans les coutumes me paraît être également la suite de cette idée qui se prouve par ses consé-

quences. Qu'un nouveau principe d'indissolubilité du patrimoine se fasse jour, et le droit d'aînesse se reformera de lui-même.

La famille n'est pas seule à se rapprocher du passé. Le village reproduit l'ancienne communauté de village hindou. Entre cette antique institution et le fief du Moyen âge, il y a des analogies frappantes. Ils diffèrent par leur origine. La famille a créé la première, qui n'en est qu'une image agrandie; le second est le produit du compagnonnage militaire; mais ils se ressemblent par les résultats.

« Maître d'immenses domaines, le baron, qui, avant tout, était  
» chef de bande, et qui avait conservé toute la bravoure et  
» toute l'indolence du Germain, concéda une part de la terre,  
» soit à quelque bon compagnon, qui, trouvant une solde dans  
» le revenu de la glèbe, fut prêt en tout temps à défendre et  
» à aider son seigneur, soit à quelque colon, serf ou homme  
» libre, prêt à donner pour prix de la concession une part des  
» fruits du sol ou quelque service domestique.

» Mais quand le seigneur avait ainsi concédé une part du do-  
» maine pour assurer sa puissance en s'entourant de bras  
» fidèles, cette puissance appelait bientôt sous l'abri de la féo-  
» dale tourelle toute une population d'hommes libres, trop  
» faibles pour se défendre contre l'ambition et la rapine des  
» grands, et qui de nécessité sacrifiaient une part de la pro-  
» priété pour sauver l'autre.

« De ces hommes libres, les uns se sentant appelés à manier  
» le fer, se recommandaient au seigneur, eux et leurs propriétés,  
» et, changeant leurs alleux en fiefs, entraient dans la vassalité  
» à certaines conditions qu'ils déterminaient par avance; les  
» autres se faisaient colon, et réservant l'hérédité de leur tenure  
» tout en l'assimilant par les services et les redevances aux  
» possessions des serfs du seigneur, formaient ainsi une condi-  
» tion mitoyenne entre le servage et la liberté. » (1)

(1) Laboulaye : *Condition des femmes*, p. 209.

Comme l'ancien village hindou, le fief est donc avant tout une association. La communauté de biens n'y existe pas, au moins comme association égalitaire donnant lieu à des droits égaux. Les conditions des différents individus qui composent le fief sont fort opposées, et le respect hiérarchique en est la loi ; mais, dans les deux cas, nous voyons une association d'hommes organisés en vue de leur défense et de leur protection ; c'est que les circonstances qui les ont produites se ressemblent. L'anarchie dont le ix<sup>e</sup> siècle nous offre le spectacle, est peut-être plus profonde encore que l'anarchie des temps primitifs, où les rapports des hommes ne sont que des rapports de guerre. La cupidité des seigneurs, leur ambition donnent lieu à des luttes perpétuelles et sanglantes, la loi du plus fort est souveraine, et aucun pouvoir supérieur ne peut intervenir pour réprimer ses violences.

La royauté est impuissante, l'autorité du roi illusoire ; il a beau ordonner à ses comtes de maintenir l'ordre et de réprimer par la force la turbulence de ses sujets, ses ordres sont sans sanction. Il est à la merci de ses vassaux, qui lui arrachent leurs bénéfices, mais ne l'en servent pas mieux. Les Annales de Saint-Bertin nous fournissent un témoignage douloureux de son impuissance. « Il bâtit un château de bois ; mais il servit plutôt à fortifier les payens, qu'à défendre les chrétiens, car ledit roi ne put trouver personne à qui en remettre la garde ». Voilà où en est réduit le second successeur de Charlemagne.

Et pendant ce temps-là les Normands ravagent la France. Ils remontent les rivières dans leurs barques légères, pillent, brûlent, tuent tout ce qu'ils trouvent sur leur passage, et reprennent la mer gorgés de butin, pour revenir bientôt ou laisser la place à d'autres pirates qui les suivent ; rien ne les arrête. Les vassaux de Charles le Chauve sont trop occupés par leurs querelles intestines. Le roi n'a pas d'armée ; il ne peut qu'acheter la paix. Paix dérisoire qui n'est qu'un appât pour les engager à revenir, et cependant à peine peut-il la

payer ! La misère, la pénurie de la royauté est telle, que Charles le Chauve, ayant acheté la paix de Siegfried, chef des Normands, trois mille livres d'argent, il ne put réunir cette somme qu'au bout d'un an, et il dut l'arracher au peuple et aux communautés religieuses, chez qui s'était réfugiée la fortune publique (1).

Aussi des châteaux-forts se dressent de toutes parts, dans les lieux escarpés, inaccessibles, dans lesquels, à l'approche du danger, toute la population se retire avec ce qu'elle peut emporter, et autour desquels s'écoulent les flots de l'invasion. Toute organisation sociale a disparu ; c'est l'anarchie pure. La société est retournée en arrière, elle a reculé dans sa conquête de la civilisation, elle est revenue aux temps primitifs. Une nouvelle molécule sociale naît de ce nouvel état, le château, le fief.

Ce fief, c'est donc le manoir seigneurial avec tous les droits qui y sont attachés. Ce manoir était un ancien alleu ou un bénéfice devenu héréditaire et indépendant. Comme bénéfice, sa dévolution était réglée par l'acte de concession ; comme alleu, il était soumis à la vieille loi germanique, au partage entre les mâles. Mais, dans les conditions nouvelles que la situation sociale du ix<sup>e</sup> siècle avait créées, ce droit au partage pouvait-il subsister ? Il faut remarquer, tout d'abord, qu'à cette époque les alleux étaient rares. Sous la menace de voisins plus puissants, dans la crainte d'être engloutis au milieu des guerres qui éclataient de toutes parts, les propriétaires d'alleux s'étaient recommandés à un seigneur puissant capable de les protéger. Peu à peu l'immense majorité des alleux était entrée ainsi dans l'armée des tenures féodales ; ils étaient devenus des bénéfices ou des censives. Seuls les bénéfices doivent nous occuper.

A tel titre, ils devaient le service militaire, et à vrai dire, c'était même leur principale obligation.

(1) Wheaton: *Histoire des Hommes du Nord*.

§ III. — Le droit d'ainesse, loi de succession au fief.

Les historiens et les juristes ont vu dans la nécessité d'assurer le service militaire le principe de l'indivisibilité du fief. Il me semble que c'est donner une bien petite cause à un bien grand effet. Il aurait été facile d'imaginer d'autres moyens tout aussi avantageux d'assurer le service militaire du fief, et qui n'auraient pas blessé aussi violemment les sentiments d'égale affection des parents pour leurs enfants, et de partage égal des biens de la famille. La coutume du parage, qui apparut plus tard, aurait largement suffi à cela. On oublie trop ce qu'a d'insolite et de choquant cette attribution du patrimoine à un seul, aux dépens des autres membres de la famille, surtout quand cette attribution est brusque, quand elle ne s'appuie pas sur de longues traditions, des usages respectés.

Pour moi, cette indivisibilité du fief a une autre cause. Au moment où il se forme, soit qu'il vienne d'un bénéfice, soit qu'il vienne d'un alleu, le fief est en dehors du patrimoine. Il comprend le château et la terre, souche et origine de la famille seigneuriale, mais il comprend plus encore la masse des tenures nobles et roturières qui se sont groupées autour du château, et surtout, car à ce moment-là le bien est plutôt personnel que réel, l'ensemble des devoirs et des droits qui relient le seigneur à ses hommes. Au moment de sa formation, le fief n'est pas une propriété privée. Il ne le deviendra que plus tard. C'est une souveraineté sociale. La réunion des hommes autour du seigneur est une association. Le seigneur n'est pas le propriétaire, il est le chef. Ces hommes libres qui se sont rangés sous les ordres d'un chef sont-ils devenus sa propriété et devront-ils se partager entre ses enfants? Non. L'association reste une et indivisible. A la mort du chef, un autre le remplace. Ce successeur sera un de ses fils, parce que dans la société de cette époque

l'égalité des guerriers a fait place à la soumission hiérarchique, mais il sera seul. Admettre la subdivision du fief, c'est aller contre le but même de l'association. Elle s'est formée pour présenter un faisceau de forces imposant le respect par sa puissance, et capable de résister aux attaques. C'est son union qui fait sa force. Que deviendrait-elle divisée, partagée entre plusieurs ?

Plus tard, ces deux idées de souveraineté et de propriété se confondront, et le fief deviendra réellement la propriété du seigneur, le patrimoine de sa famille. Il n'en est pas encore ainsi. Ce caractère d'association nous a donné dans l'Inde et chez les Celtes d'Irlande le principe de primogéniture. La même conséquence se produit dans la féodalité, plus absolue encore, parce que l'égalité des membres de l'association n'existe plus. L'élection est remplacée par une loi unique et souveraine. Le gouvernement du fief n'est pas une magistrature éphémère à laquelle ses membres peuvent échapper, c'est un pouvoir héréditaire. Le guerrier est avant tout l'homme du seigneur, le vassal du suzerain.

C'est dans ce caractère du fief qu'il faut chercher la véritable cause de son indivisibilité, et par suite la succession d'un seul à sa possession. Le besoin d'assurer le service militaire contribua au développement de cette idée et la fit accepter avec faveur par les seigneurs. Mais il ne faut pas croire que ceux-ci aient trouvé dans cette organisation un tel avantage. Sans doute, les droits et les services de chacun furent ainsi nettement définis, mais il n'est nullement prouvé que les seigneurs n'eussent pas eu bénéfice à voir le service du fief assuré par plusieurs. Ils auraient eu ainsi un plus grand nombre de vassaux, et surtout, si nous nous plaçons à l'aurore de la féodalité, alors que le lien personnel subsistait toujours à côté du lien réel, il est permis de croire qu'ils auraient pu tirer d'eux bien davantage. Mais ce furent ces vassaux eux-mêmes, ces quasi-associés, qui réclamèrent cette indivisibilité du fief. L'anarchie qui régna pendant les

ix<sup>e</sup> et x<sup>e</sup> siècles leur faisait une loi d'être unis et forts pour se défendre. Le manoir n'était après tout que la place d'armes de la confrérie des guerriers : l'un et l'autre devaient être indivisibles.

Ce caractère d'association ne devait pas être restreint au fief ordinaire, simple château commandant les villages qui l'entourent. Du haut en bas de l'échelle, c'est une série d'associations. L'association, voilà la forme qui a entraîné l'état social de cette époque. Dans l'impuissance du pouvoir central, des gouvernements particuliers se sont formés, en guerre les uns contre les autres, soit pour se défendre, soit pour acquérir la prédominance, se groupant entre eux pour être plus forts. Moins que les autres, les grandes seigneuries ne doivent se diviser.

Une autre raison fit reconnaître par les grandes seigneuries cette règle d'indivisibilité, et contribua à l'enraciner chez elles encore plus fortement que dans les seigneuries d'ordre inférieur. Elles étaient des dépendances du pouvoir royal. Les ducs et les comtes étaient avant tout des représentants de la royauté, chargés par elle d'administrer les provinces et de rendre la justice en son nom. Ils étaient des fonctionnaires, des gouverneurs de province ou de canton, ils exerçaient une souveraineté politique.

Profitant de l'impuissance dans laquelle se débattaient leurs maîtres, ils avaient peu à peu converti leur fonction essentiellement précaire en une véritable possession, et la transmettaient à leurs enfants. Le capitulaire de Kiersy-sur-Oise fut une confirmation de leurs empiètements; mais la fonction n'en resta pas moins une, et un seul homme fut chargé de l'exercer. La règle ne fut peut-être pas absolue, car dans les temps troublés le bon plaisir de chacun remplace souvent le respect de la loi, ce fut au moins la règle générale. Les formules de concession qui nous sont parvenues emploient presque toutes le mot *filius* au singulier, indiquant ainsi l'indivisibilité de la fonction.

Les grandes seigneuries, par suite même de leur importance et de la difficulté qu'il y avait à les considérer comme de

simples propriétés, ont conservé plus longtemps ce caractère de souveraineté politique, de représentation du pouvoir royal. Ce titre, les grands barons l'avaient usurpé sur la royauté, mais, dans l'impuissance de celle-ci à le leur enlever, ils le gardèrent; ce fut une garantie de l'unité des grands fiefs. Le principe de l'indivisibilité du fief disparut assez vite pour les seigneuries d'ordre inférieur; elles ne sont impartageables, d'après des Fontaines, que si chacune des parties n'est pas « *suffisante à servir* ». La nécessité d'assurer le service militaire du fief est à ce moment la seule cause de l'indivisibilité. Le fief n'est plus une association de guerriers, il fait partie du patrimoine de la famille, et à ce titre devient partageable. Les droits du seigneur se sont assis par une longue possession, tandis que ceux du vassal, fondés sur le besoin d'être protégé, s'effaçaient dans une société régulière; rien n'a empêché alors le partage du fief. La transformation est plus difficile pour les grandes seigneuries; elles sont toujours des fonctions politiques, des émanations de la royauté, et, comme telles indivisibles.

Cette idée qui donne pour origine à l'indivisibilité du fief et par suite au droit d'aînesse, le caractère d'unité sociale et politique que revêtait le fief, apparaît plus saisissante dans les grandes seigneuries. Aussi est-ce chez elle que l'indivisibilité apparaît tout d'abord, et chez elle aussi qu'elle se prolongea le plus tard. Il est tout naturel que ce besoin d'unité se soit fait sentir pour la première fois dans la combinaison sociale la plus puissante, la plus grandiose, dans l'Empire.

Et en effet, dès 817, une constitution de Louis le Débonnaire essaye d'assurer l'indivisibilité de l'Empire. Il donne le titre d'empereur à son fils aîné Lothaire, et place ses frères sous sa puissance. Il sera leur *senior*, et ceux-ci lui devront non seulement l'hommage, mais des tributs, et dans toutes les affaires graves ils devront suivre ses conseils. En un mot, ils ne sont que ses lieutenants, lieutenants souverains sans doute dans leur domaine, mais soumis à lui pour tout ce qui regarde l'Empire.

On sait quel cas les fils de Louis le Débonnaire firent de l'autorité de leur père, et Lothaire ne sut pas mieux se faire obéir d'eux. La constitution n'en est pas moins curieuse, et par le désir d'unité qu'elle indique, et par le choix du fils aîné pour obtenir cette unité. Nous allons en donner les parties importantes.

Anno Christi 817.

*Charta divisionis imperii inter Lotharium, Pippinum, et Ludovicum, filios Ludovici pii imperatoris.*

..... Nutu omnipotentis Dei, ut credimus, actum est ut et nostra et totius populi nostri in dilecti *primogeniti* nostri Hlotharii electione vota concurrerent. Itaque taliter Divina dispensatione manifestatum placuit nobis et omni populo nostro, more solemni imperiali diademate coronatum nobis et consortem et successorem Imperii, si Dominus voluerit, communi voto constitui. Cæteros vero fratres ejus, Pippinum videlicet et Hludovicum æquivocum nostrum, communi consilio placuit regiis insigniri nominibus, et loca inferiùs denominata constituere, in quibus post decessum nostrum, sub seniore fratre, regali potestate potiantur, juxta inferiùs adnotata capitula.

. . . . .

CH. IV

Item volumus ut semel in anno, tempore opportuno, vel simul vel singillatim, juxta quod rerum conditio permiserit, visitandi et videndi, et de his quæ necessaria sunt, et quæ ad communem utilitatem vel ad perpetuam pacem pertinent, mutuo fraterno amore tractandi gratiâ ad seniore[m] fratrem cum donis suis veniant. Et si fortè aliquis illorum quâlibet inevitabili

necessitate impeditus, venire tempore solito et opportuno nequiverit, hoc seniori fratri legatos et dona mittendo significet ; ita duntaxat ut, cùm primùm possibilitas congruo tempore adfuerit, venire quâlibet cavillatione non dissimulet.

CH. V

Volumus atque monemus, ut senior frater, quando ad eum aut unus, aut ambo fratres sui cum donis, sicut prædictum est, venerint, sicut ei major potestas, Deo annuente, fuerit attributa, ita et ipse illos pio fraternoque amore largiori dono remuneret.

. . . . .

CH. VII

Item volumus ut nec pacem, nec bellum, contra exterarum et huic a Deo conservato imperio inimicarum nationes, absque consilio et consensu senioris fratris ullatenus suscipere præsumant : impetum verò hostium subito insurgentium, vel repentinis incursiones, juxta vires per se repellere studeant.

CH. VIII

De legatis verò, si ab exteris nationibus, vel propter pacem faciendam, vel bellum suscipiendum, vel civitates aut castella tradenda, vel propter alias quaslibet majores causas directi fuerint, nullatenus sine senioris fratris conscientia eis respondeant, vel eos remittant.

. . . . .

CH. XIII

Volumus etiam ut, si alicui illorum post decessum nostrum tempus nubendi venerit, cum consilio et consensu senioris fratris uxorem ducat.

CH. XIV

Si verò aliquis illorum decedens, legitimos filios reliquerit, non inter eos potestas ipsa dividatur ; sed potiùs populus pariter conveniens unum ex eis, quem Dominus voluerit, eligat ; et hunc senior frater in loco fratris et filii suscipiat, et honore paterno sublimato, hanc constitutionem erga illum modis omnibus conservet.

CH. XV

Si verò absque legitimis liberis aliquis eorum decesserit, potestas illius ad seniore[m] fratrem revertatur. Et si contigerit illum habere liberos ex concubinis, monemus ut erga illos misericorditer agat.

CH. XVI

Si verò alicui illorum contigerit, nobis decedentibus, ad annos legitimos juxta Ribuariam legem nondum pervenisse, volumus ut, donec ad præfinitum annorum terminum veniat, quemadmodum modò a nobis, sic a seniore fratre et ipse et regnum ejus procuretur atque gubernetur. Et cùm ad legitimos annos pervenerit, juxtà taxatum modum suâ potestate in omnibus potiatur.

. . . . .

CH. XVIII

Monemus etiam totius populi nostri devotionem et sincerissimæ fidei penè apud omnes gentes famosissimam firmitatem, ut si is filius noster, qui nobis divino nutu successerit, absque legitimis liberis rebus humanis excesserit, propter omnium salutem et Ecclesiæ tranquillitatem et Imperii unitatem, in elegendo uno ex liberis nostris, si superstites fratri suo fuerint,

eam quam in illius electione fecimus conditionem, imitentur ; quatenus in eo constituendo non humana, sed Dei quærat voluntas adimplenda.

## SECTION DEUXIÈME

### LE DROIT D'AINESSE EST GÉNÉRAL AU XI<sup>e</sup> SIÈCLE

A l'association des guerriers, origine du fief, il fallait donc un chef. Ce chef fut choisi parmi les fils de seigneur. Toutes les chartres de concession et le capitulaire de Kiersy-sur-Oise en témoignent. Dans la plupart des cas, ce fils fut l'aîné. La force des choses le voulait ainsi. Par son âge, par son expérience, par sa longue possession du nom et de la renommée de sa famille, il était tout désigné. Mais il fallut longtemps pour que cet usage devint un droit, une loi fixe et bien assise de succession. Dès le début du ix<sup>e</sup> siècle cependant, nous apercevons une tendance à faire prédominer le principe de primogéniture.

En 866, Charles le Chauve reprit purement et simplement aux enfants de Robert le Fort le duché de leur père. Il fit une exception en faveur du fils aîné de celui-ci, Eudes, et lui laissa quelques-uns des bénéfices de son père. C'est dans une chartre de concession de 892 que nous voyons pour la première fois, au moins dans le droit privé, le fils aîné appelé à succéder à son père. Il s'agit d'une précaire ecclésiastique cédée au comte Ebelon. L'acte s'exprime ainsi : « Si verò evenerit ut sponsa ejus nomine Aremburgis, quam per sponsalitia jura in futuris nuptiis oberratam habet, prolem ex ipso habeat eadem oratione, tam ipse quam et ejus primogenitus filius diebus vitæ suæ prædictam precariam obtineant sub prædicto censu, et ut melius ac justius ipsis rebus uti possint, id emeliorare tam aliis alodis quam et in censu ac reliquis servitiis omnimodo studeant. » (1)

(1) Besly, *Histoire des comtes du Poitou*, p. 211.

Le droit d'aînesse est ici le résultat d'un accord intervenu entre le seigneur et le vassal. La règle de dévolution du bénéfice est fixée dans l'acte de concession. Il en fut de même pour tous les fiefs qui provenaient d'une concession gracieuse d'un chef à un de ses fidèles. Pendant tout le x<sup>e</sup> siècle, la charte de concession du bénéfice fut donc la loi successorale de ce bénéfice. Il s'établit également dans les grandes seigneuries. Raoul, qui fut ensuite roi de France, succéda seul à son père, Richard le Justicier, duc de Bourgogne, en 921. Ses frères furent exclus (1). En 958, Geoffroy, fils aîné de Foulques le Bon, comte d'Anjou, obtint tout l'héritage à l'exclusion de ses frères, entre autres de Drogon, pour qui son père avait un sentiment de prédilection (2). En 996, Richard II succéda seul à son père Richard sans Peur, duc de Normandie, à l'exclusion de son frère puîné Robert.

Mais ce sont là des tentatives individuelles, et au x<sup>e</sup> siècle le droit d'aînesse n'est pas encore établi pour la succession des grandes seigneuries. La chronique de Reginon parle de seigneurs possédant des comtés ou bénéfices et qui à leur mort en font le partage entre leurs fils (3). Au xi<sup>e</sup> siècle même, nous voyons le comte de Flandre désigner, suivant l'usage ancien, celui de ses fils qui devait hériter de son nom et de sa principauté. Le comté est indivisible et revient à un seul, mais celui-ci est désigné par le père de famille. Nous sommes en présence d'un droit en formation. Le principe de primogéniture s'établit peu à peu par l'usage. L'exemple du comté de Flandre est une présomption pour nous de ce qui dut se passer à l'origine de la féodalité. La charte de concession des bénéfices voulait en consacrer l'indivisibilité, mais elle dut le plus souvent laisser au père la faculté de désigner son successeur. Les actes qui nous sont parvenus nous fournissent une preuve de cette supposition. Ils emploient tous les expressions de *filius* et d'*heres* au singu-

(1) Brussel. *Traité des fiefs*. L. III ch. 13.

(2) *Gesta consulum andegavensium*, ch. 6.

(3) *Chron. de Reginon*, année 949.

lier, sans ajouter d'autres désignations, à moins qu'il ne s'agisse du *primogenitus filius*. S'il doit n'y avoir qu'un successeur, à qui appartiendra son choix si ce n'est au père lui-même? Sans doute ce choix était soumis à l'approbation du seigneur, mais dans la plupart des cas ils n'avaient pas de raison de s'opposer à l'un plutôt qu'à l'autre.

Cet état de choses ne dura pas fort longtemps, puisque, dès le milieu du x<sup>e</sup> siècle, nous voyons le principe de primogéniture apparaître et se substituer peu à peu à la volonté du père. Cette faculté laissée au père de famille de désigner son héritier n'est naturellement pas antérieure à l'hérédité des bénéfices, au moins comme règle légale, car, de même que l'hérédité existait de fait bien avant le capitulaire de Kiersy-sur-Oise, de même le père dut de très bonne heure demander au seigneur la dévolution de son bénéfice à celui de ses enfants qu'il lui proposait. Aussi ne faut-il considérer ce mode de succession fondée sur la volonté du père que comme un mode intermédiaire, un lien de transition entre l'état de choses créé par la précarité des bénéfices et l'état créé par l'hérédité, par l'organisation complète et stable de ces mêmes bénéfices.

Dans une organisation aussi solidement, aussi rigoureusement construite que la féodalité, et qui plante dans le sol des assises aussi profondes, il fallait une loi de succession immuable. Le principe de l'élection, si cher aux peuples de race germanique et qui se conserva en Allemagne, avait disparu dans la Gaule sous l'influence des idées romaines, et avait été remplacé par le principe contraire, par la hiérarchie à tous les degrés. L'autorité du père de famille ne pouvait donner à la loi successorale la stabilité qu'exige toute société définitivement constituée, aussi fut-elle bien vite remplacée par le principe de primogéniture, par le droit d'ainesse. A partir du capitulaire de Kiersy-sur-Oise, qui proclame l'hérédité des bénéfices, il ne faut guère plus d'un siècle pour opérer cette transformation. Dès le commencement du xi<sup>e</sup> siècle, le droit d'ainesse est devenu la règle génè-

rale. Quelques exceptions se rencontrent encore, mais elles disparaissent chaque jour. Le droit d'ainesse est reconnu.

Les grandes seigneuries accomplirent les premières cette évolution. Tenant la puissance royale à leur merci, elles lui avaient arraché de bonne heure l'hérédité de leurs fonctions. Plus puissants que le roi lui-même, les ducs de Bourgogne, de Normandie, les comtes de Champagne, d'Anjou, etc., avaient transmis leur succession à leurs fils, et l'avaient partagée ou réunie sur la même tête, selon leur bon plaisir. C'est chez eux que le droit d'ainesse apparaît tout d'abord. Nous avons vu, dès le commencement du x<sup>e</sup> siècle, Raoul succéder seul à son père, Richard le Justicier, duc de Bourgogne. Plus tard, Geoffroy, fils de Foulques, comte d'Anjou, Richard II, fils de Richard sans Peur, duc de Normandie, exclurent leurs puînés de la succession de leur père. L'indivisibilité de la seigneurie, émanation du pouvoir royal, s'était établie très vite, le principe de primogéniture lui donna sa consécration définitive.

Les principautés et les seigneuries de l'empire allemand admirent, à peu près à la même époque, le principe de primogéniture. A Fribourg en Brisgaw, les coutumes rédigées en 1120 décidèrent qu'à la mort du seigneur héréditaire de la cité, le plus âgé de ses héritiers devrait lui succéder. Au xi<sup>e</sup> siècle, le principe de l'indivisibilité du fief était admis par le droit allemand, mais il n'excluait pas les puînés. A la mort d'un vassal, ses fils choisissaient l'un d'eux et le présentaient au seigneur qui donnait l'investiture du fief à l'élu de la famille. Si cette désignation n'était pas faite, le seigneur donnait le fief à celui des fils qu'il lui plaisait. Si un seul des enfants était en âge de recevoir l'investiture, le seigneur donnait le fief à celui-ci, à la charge par lui de fournir caution que ses frères ne réclameraient pas. Le principe de l'élection était donc la base de la loi successorale, mais, soit par défaut d'âge, soit par manque d'accord, le seigneur dut choisir souvent son feudataire et par suite le plus capable, c'est-à-dire généralement l'aîné.

Mais la féodalité n'eut pas en Allemagne, au moins à ses débuts, l'organisation rigoureuse qu'elle rencontra en France. Le principe de l'élection, qui subsista jusqu'au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, est une preuve de la persistance des vieilles coutumes germaniques. Le droit d'aînesse mit fort longtemps à s'imposer, et les puînés conservèrent à côté de leur frère aîné l'aptitude à succéder au fief. La constitution de Conrad, qui établit au milieu du <sup>xi</sup><sup>e</sup> siècle l'hérédité des arrières fiefs, ne parle pas du droit d'aînesse et paraît même l'ignorer complètement. Le livre des fiefs ne reconnaît pas l'indivisibilité du fief. La loi Lombarde avait survécu pendant tout le Moyen âge dans le nord de l'Italie, et les règles de la succession des Alleux ont été appliquées ainsi à la succession des bénéfices. C'est une survivance de la vieille loi germanique. Le fief est partagé entre les enfants mâles, à l'exclusion des filles et des fils naturels ou adoptifs, seraient-ils nés d'un mariage morganatique : *Si quis igitur decesserit, filiis et filiabus superstitibus, succedunt tamen filii æqualiter, vel nepotes ex filio, loco sui patris* » (1). Et cette règle se maintint plus tard. Les constitutions napolitaines n'admettent pas non plus le droit d'aînesse pour les vassaux qui suivent le droit Lombard, mais seulement pour ceux qui obéissent aux lois des Francs.

Ce n'était, après tout, que la reproduction des Lois barbares. Il est incontestable que les Allemands et les Lombards avaient échappé mieux que les Francs à l'influence de la civilisation et de la législation romaines. La Gaule tout imprégnée de cette civilisation avait déteint sur ses vainqueurs. Les rois francs avaient repris à leur profit les principes d'autorité si puissants à Rome. Les Allemands et les Lombards, plus éloignés du soleil impérial, avaient mieux échappé à son action. Ils avaient conservé les sentiments d'indépendance et les lois de leurs pères.

(1) *Liber feudorum*, L. I, tit. 8.

En second lieu, le fait même pour les Francs de se trouver en Gaule au milieu de populations de race différente, avait obligé la bande guerrière à conserver une certaine unité, à rester une confrérie de guerriers. Le chaos dans lequel vécut la France au ix<sup>e</sup> siècle, accentua encore ce caractère. Le pays, couvert de châteaux-forts pour sa défense, ne fut bientôt plus qu'un immense amas de camps retranchés, à la tête de chacun desquels il fallait un chef. L'Allemagne fut beaucoup plus tranquille, et livrée à elle-même elle n'aurait peut-être pas connu la féodalité : elle aurait pu se développer comme le firent les villes libres de la Baltique, Brème, Hambourg et Lubeck. Ce fut Charlemagne, qui en faisant la conquête de la Germanie y introduisit le principe de la féodalité. Il enrôla à sa suite les guerriers Saxons et les soumit à une hiérarchie qui lui permettait de les tenir plus étroitement concentrés dans sa main. Même alors, la tranquillité relative dont jouit l'Allemagne permit à chacun de conserver plus de liberté, plus d'indépendance. Les alleux subsistèrent intacts à côté des bénéfices, et il ne fallut pas chercher dans l'association le moyen de résister à la force et à la guerre. A ce point de vue, la Lombardie fut encore plus favorisée. Les alleux s'y conservèrent florissants ; les bénéfices, les fiefs eux-mêmes y restèrent propriétés privées ; ils ne devinrent pas des souverainetés politiques et territoriales, et il n'y eut pas de raison pour leur conserver leur unité. Aussi la vieille loi germanique s'est maintenue dans ce pays et le fief a été partagé entre les mâles. Les conditions sociales dans lesquelles vécut l'Allemagne, et l'action de la France, la firent entrer à son tour dans l'ère féodale, mais ce ne fut que par ricochet. La féodalité naquit en France et se répandit sur l'Europe ; ses effets y furent moins rapides en Allemagne, et elle eut, avant de s'y implanter définitivement, à vaincre de longues habitudes qui retardèrent son plein épanouissement.

Le principe de primogéniture a été la source du droit

d'aînesse. Nous avons vu le fief provenir, soit d'une association d'hommes autour d'un chef pour être en mesure de se défendre, soit d'un ancien bénéfice, c'est-à-dire d'une concession faite par un seigneur à un de ses guerriers. Même dans ce second cas, le fief revêt un caractère d'association, ou tout au moins de groupe d'individus, formant un tout placé sous l'autorité d'un seul. C'est donc avant tout une souveraineté, un pouvoir politique, et la loi de succession à ce commandement est le principe de primogéniture.

Mais ce caractère du fief s'effaça peu à peu. L'hérédité de la fonction n'était que le premier pas dans la conquête du bénéfice. Il n'est pas encore réellement dans la famille, il ne fait pas partie du patrimoine ; la possession appartient au bénéficiaire, mais il n'a pas encore la propriété. La théorie des jurisconsultes romains, renouvelée au <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle par l'école de Bologne, sur la possession et l'acquisition de la propriété par la prescription, firent rapidement franchir au fief le passage qui le séparait de la pleine propriété. A ce moment-là, la fonction est identifiée avec le bénéfice ; le long usage de celui-ci l'a fait entrer dans la famille, dont il devient la pierre angulaire ; il remplit le rôle de la communauté de famille dans l'Inde, il est le lien réel et apparent de la famille tout entière. Mais pendant ce temps la féodalité s'est formée, enserrant chacun de ses membres dans les liens de ses services et de ses devoirs de tous genres. Le service militaire et les obligations du vassal envers son seigneur, se trouvent bien de l'indivisibilité du fief. L'orgueil de la puissance de la famille se fait sentir. Le droit d'aînesse, loi de succession au fief considéré comme organisme social, devient loi de succession au fief simple propriété privée.

Cette transition du principe de primogéniture au droit d'aînesse eut pour corollaire, quelque temps plus tard, l'admission des filles à la succession à défaut de mâles. Cette innovation, contraire au droit germanique et au droit féodal primitif,

indique bien une transformation dans le titre de la possession du fief par le seigneur. Le fief n'est plus un commandement, une souveraineté, c'est un bien patrimonial auquel sont attachés des droits spéciaux et des devoirs correspondants. Pourquoi la femme, à défaut de mâle, n'y succéderait-elle pas comme aux autres biens ? Le soin d'assurer ces services maintint l'unité du fief, et la fille aînée succéda à l'exclusion de ses sœurs.

Dès le commencement du x<sup>e</sup> siècle, la féodalité est constituée au moins dans ses lignes principales. Dans le courant du siècle suivant, vers le milieu du xi<sup>e</sup> siècle, le droit d'aînesse s'établit ; et, quand les Croisés eurent conquis Jérusalem, ils l'installèrent avec eux comme loi successorale des fiefs du royaume de Palestine. Et c'est de ce pays, par le livre de Jean d'Ibelin, les Assises de Jérusalem, que nous sont revenus les renseignements les plus précis et les plus anciens que nous ayons sur la succession aux fiefs. Lorsqu'un groupe de guerriers s'implante au milieu d'une population trop éloignée de race et de caractère pour que la fusion soit possible, ils gardent précieusement les mœurs et les traditions de leur pays d'origine. Le soin de se défendre au milieu de gens hostiles les force à resserrer encore les liens qui les unissent, à concentrer leurs forces, à se serrer les coudes. Il leur faut conserver, sous peine de périr, l'organisation rigoureuse qui leur a donné la victoire. Les institutions qu'ils ont apportées avec eux se figent, et c'est chez eux que plus tard la mère patrie retrouve la trace de ces institutions qu'elle a perdues elle-même, quelquefois depuis des siècles.

Les deux pays au Moyen âge, où la féodalité s'est maintenue le plus longtemps avec les caractères de son origine, sont l'Angleterre et la Palestine. Les Normands de Guillaume le Conquérant l'avaient importée en Angleterre, les Croisés de Godefroy de Bouillon et de Raymond de Toulouse en Palestine. Aujourd'hui encore, c'est au Canada qu'il faut aller chercher le vieux français des xvi<sup>e</sup> et xvii<sup>e</sup> siècles, oublié en France.

Les Assises de Jérusalem, dont la rédaction que nous possédons est de la fin du <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle, nous fournissent les renseignements les plus authentiques sur la première période de la féodalité. Le comte Beugnot, dans son introduction aux Assises de la Haute-Cour, constate la différence qui existe entre le livre de Philippe de Navarre et les ouvrages des jurisconsultes européens ses contemporains, Hornes, Bracton, Britton, Fontaines, Beaumanoir. « Cette différence est si profonde, dit-il, que l'on est quelquefois tenté de se demander si l'histoire ne s'est pas méprise, et si Navarre, au lieu de vivre dans le <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle à la même époque que les jurisconsultes dont nous venons de citer les noms, ne florissait pas dans des temps beaucoup plus reculés, dans ces temps où les idées, les mœurs et les institutions de la féodalité étaient en possession de toute la vigueur de la jeunesse. Non, aucune erreur n'a été commise, mais Navarre vivait dans une société stationnaire, qui depuis le moment où elle avait été fondée par les Croisés, ne s'était pliée à aucune des modifications que le développement des lumières introduisait journellement, pour ainsi dire, dans les principes et les usages de la féodalité européenne. » Nous y retrouverons les premières applications du droit d'aînesse, applications d'une analogie complète avec les témoignages très anciens des Etablissements de Normandie, de Rollon jusqu'à Jean sans Terre.

Le droit d'aînesse a son origine et sa cause dans l'indivisibilité du fief. Aussi n'exclut-il pas inévitablement les puînés de la succession. S'il y a suffisamment de seigneuries, chacun des fils en prendra une. La plus importante reviendra à l'aîné, mais les autres enfants ne seront pas déshérités. En Normandie, le fief de haubert ne se divise pas et doit passer à l'aîné : « Li Chevaliers ainz nez aura le fié de hauberc tout entier, si que il ne sera pas partiz, li autre frère auront les escheoites également. » Si les escheoites valent plus que le fief, l'aîné pourra prendre à son choix les escheoites ou le fief. S'il prend les escheoites,

le fief passera à son puiné, mais sans se diviser (1). S'il y a plusieurs fiefs de haubert, les fils se les partageront par ordre de primogéniture. S'il y a autant de fiefs que de fils, chacun en prendra un. S'il y en a davantage, chacun en ayant déjà choisi un, l'aîné et ses frères après lui dans le même ordre choisiront parmi ceux qui restent jusqu'à ce que le nombre en soit épuisé (2). Quand la succession se composait d'un seul fief de haubert ou baronnie, l'aîné en héritait seul, mais il devait fournir à ses frères des vivres *avenants*, c'est-à-dire « sosisant selon la valor de la terre que leur frère tient. » Il devait également à ses sœurs vivres et mariages *avenants*. Du reste, celles-ci avaient droit, même en concours avec des mâles, aux escheoites, c'est-à-dire aux biens roturiers de la succession (3).

Le principe de l'indivisibilité du fief recevait une exception quand la succession passait aux filles. Le droit d'aînesse existait pour elles, mais il se bornait à donner à la fille aînée le principal manoir. « Tuit li tenement seront parti également, se il avient que il descendent as suers, neis cil qui en autre manière ne puent estre parti, si que l'ainz née suer aura le mestre manoir, et les autres suers tendront de lui. » La fille aînée était donc chargée de représenter ses sœurs auprès du seigneur. C'est le principe du *parage*.

Les mêmes règles de succession se retrouvent en Orient. Quand, dans une succession, il y a plusieurs fiefs devant le service de corps, ils se partagent entre les héritiers dans l'ordre de primogéniture. « Et ce il y a plusiours heirs qui li teignent en un degré de celle part dont les fiés muevent, chacun deit avoir l'un des fiés par l'assise ou l'usage de cest reiaume, se il li requierent. Et se il sont plus heirs que fiés, chascun des heirs masles qui li sont appartenant en un degré aura un de ces fiés qui deivent homage au chief et servise de cors, et fera chacun

(1) *Etablis. de Nor.* p. 9, 70.

(2) *Assises de Normandie*, p. 93.

(3) *Etablis. de Norm.*, p. 10, 11, 14.

d'iaus ce que le fié doit d'omage et de servise, et le mainz né partira les fiés et les ainz nés choisiront des dis fiés l'un avant l'autre si comme ils sont ainz nés » (1).

Nous constatons ici un développement nouveau des droits de la femme. S'il y a plus de fiefs que d'héritiers mâles, les filles sont appelées après eux à se les partager. Le fief qui échoit à plusieurs sœurs se divise en autant de chevaleries qu'il en doit. La plus jeune fait le partage et ses sœurs choisissent selon leur rang de primogéniture. L'aînée les représente à l'égard du seigneur (2).

Il faut noter en passant la distinction établie par le livre de Jean d'Ibelin, entre les fiefs devant le service de corps et ceux qui doivent simplement l'hommage. A l'époque où il écrit, la féodalité d'Orient, au milieu des périls qui l'entouraient, s'est concentrée. Les liens guerriers, qui réunissaient ses membres, se sont resserrés, et en même temps, l'esprit de caste s'est développé. Aussi, tandis que non seulement la succession tout entière, mais le fief lui-même devant le service de corps se divisait et était partagé entre les filles en autant de chevaleries qu'il en comportait, les fiefs qui ne devaient pas ce service étaient dévolus à un seul héritier, à l'aîné : « Se plusiors fiés escheent à home ou à femme ensemble, ou par parties, et qu'il ne doivent homage au cheif ne servise de cors, il seront tos dou plus dreit heir a celui à qui il seront escheus après son décès, se il les viaut requerre ; et il peut faire l'omage que les fiés doivent sans que nul des autres i puisse ne deive avoir dreit ne requerre » (3). Pour rester puissante et redoutée, la famille a intérêt à ce que sa fortune ne se divise pas. Mais comme le service militaire est la condition d'existence des chrétiens en Orient, il faut avant tout l'assurer. Voilà pourquoi on doit éviter de réunir sur la

(1) *Assises de la haute cour*, Ch. CXLVIII.

(2) *Ibid.*, Ch. CL.

(3) *Ibid.*, Ch. CXLIX.

même tête deux fiefs qui doivent le service de corps, tandis que ceux qui ne le doivent pas passent tous à l'aîné de la famille.

Une remarque qui indique bien cette transformation du principe de primogéniture en droit d'aînesse, c'est que la saisine est accordée de plein droit au fils aîné. Aux ix<sup>e</sup> et x<sup>e</sup> siècles, les fils sont obligés de demander au seigneur l'envoi en possession. Le fief n'est pas encore entré dans la famille, mais aux siècles suivants cette propriété ne fait plus de doute. Le bénéfice est devenu bien patrimonial; de plein droit, le fils ou la fille aînés entrent en possession à la mort du père. Les Assises de Jérusalem s'expriment clairement: Quant fie escheit, le fils ou la fille qui est dreit heir de celui ou de celle de par qui il li escheit, se peut metre par sei, se il est d'aage à fié avoir, en la saisine de cel fié, quant le père ou la mère en muert saisi et tenant comme du sien » (1).

Cette introduction de la saisine dans le droit féodal est d'autant plus curieuse qu'elle lui est absolument opposée. Le principe de la saisine est un principe d'origine germanique, une fiction par laquelle les biens d'un individu passent sur la tête de son héritier au moment précis de sa mort, sans que la possession reste suspendue le moindre temps entre l'ancien et le nouveau propriétaire. L'héritier est pour ainsi dire le continuateur de la personne du *de cujus*. La possession se continue d'une manière uniforme et régulière, comme si aucun changement ne s'était produit, comme si la même tête était restée sujet du droit.

Le fief, à l'origine, a été une concession purement gracieuse d'un chef à un de ses fidèles, et aux conditions que celui-ci imposait. Quand il est devenu héréditaire, il n'en est pas moins resté dans le domaine du seigneur suzerain. L'obligation imposée à tout nouveau propriétaire de faire l'hommage au seigneur est une reconnaissance constante de la concession primitive et

(1) Assises de la haute cour, Ch. CLI.

des devoirs qu'elle impose. L'acquéreur ou l'héritier ne sont vraiment investis du fief que par l'hommage et l'acceptation du suzerain. Le lien étroit qui relie le vassal au seigneur ne peut se former que par le commun accord des deux parties. Le fief est plutôt un système de droits et de devoirs réciproques qu'un bien.

Aux <sup>xii</sup><sup>e</sup> et <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècles, il faut que l'idée de propriété ait singulièrement pénétré l'idée de fief, pour que le principe de la saisine, qui est la négation de toutes ces obligations, ait pu s'y introduire. Le fief a perdu son caractère primitif, il est devenu une propriété comme toutes les autres, une *universitas juris* comme une hérédité ordinaire. L'acte de concession, qui avait été primitivement la loi successorale du fief, a disparu. La loi générale de succession aux biens s'est appliquée aux fiefs comme aux autres propriétés.

La saisine est mentionnée déjà au <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle (1). Les établissements de Normandie donnent la saisine de l'héritage du père au fils même mineur de vingt-et-un ans. « Li orfelins aura la sesine de l'eritage telle comme ses pères et alior que il morut. » (2) Le Grand Coutumier de Normandie (ch. 27-99) consacre le même principe : « Le plus prochain hoir doibt avoir la saisine à son ancesseur. » Dans la famille, ce prochain hoir est l'aîné. Seul en Normandie il a la saisine de la succession de ses parents, et c'est à lui que ses frères doivent demander leur part. De même en Bretagne : « L'aisné du noble doit avoir la saisine de toute la descendance de quelconques choses. » (3) Les coutumes de Bourgogne admettent aussi la saisine héréditaire, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

Au <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle, le droit d'aînesse n'existait pas dans toute la France. La Bretagne avait conservé ses traditions celtiques et le

(1) *Leges Heurici regis anno 1101 — Cout. Styles et Usages au temps des Echiq. norm.* Ch. 65, p. 54.

(2) *Etabl. de Norm.* p. 8.

(3) *Bretagne*, T. A. C. Ch. 37.

partage égal entre les fils était généralement adopté (1). S'il existait un droit, c'était l'opposé du droit d'aînesse. Le manoir paternel était laissé par préciput au plus jeune des fils. Ce droit de *juveigneurie*, qui se retrouve chez certains peuples anciens, dont l'histoire de Joseph indique un souvenir chez les Hébreux, avait existé chez les Germains. Il s'était conservé dans certaines parties de la Grande-Bretagne, en Picardie, en Alsace, en Flandre, en Suisse, sur les bords du Rhin. On le retrouve encore en Livonie et en Finlande. C'est une survivance des habitudes d'une existence nomade et vagabonde, où les aînés partaient laissant leur famille pour courir la vie d'aventure. Ils prenaient leur part des troupeaux et du mobilier composant la fortune de la famille. Le plus jeune restait seul au foyer paternel et était l'héritier. Au XII<sup>e</sup> siècle, ce droit n'est plus qu'un accident et ne doit pas nous arrêter.

C'est en passant par l'Angleterre que le régime féodal, qui était né en France, s'introduisit en Bretagne. Cette province, isolée du reste de la France, était restée à peu près indépendante sous le commandement de chefs locaux, rivaux et ennemis, sans pouvoir supérieur qui les réunit. La politique habile d'Henri II, roi d'Angleterre, intervenant dans les querelles de ces chefs, finit par les placer sous la dépendance de l'un d'eux, du nom de Conan. En retour, la fille unique de Conan dut épouser un des fils de Henri II âgé d'un mois, Geffroy. Conan dut bientôt quitter le pouvoir, et Henri II gouverna la Bretagne sous le nom de son fils. Geffroy était donc un Plantagenet. C'est à lui, sous l'influence de son père, que nous devons la fameuse *Assise au comte*

(1) Le droit d'aînesse avait apparu en Bretagne avant l'Assise au comte Geffroy, mais comme exception. La règle générale était le partage égal, même entre nobles. Mais certaines seigneuries passaient d'aîné en aîné. « Les histoires particulières des maisons de Rohan, de Vitré, de Dol, de Penthièvre, d'Avaugour, de Raiz, de Léon, de Château-giron et autres, dit Hévin, montrent manifestement que ces grandes seigneuries passaient d'aîné en aîné et n'étaient pas démembrées tête à tête et sans prérogatives. » Le même Hévin cite deux titres tirés du cartulaire de l'abbaye de Saint-Pierre de Rillé près Fougères, dont le plus récent est de 1163. D'autres exemples lui sont fournis par l'*Histoire de la maison de Vitré*, par Pierre le Baud. Voir Hévin : *Consultations*, p. 43 et suiv.

Geffroy, qui a régi la Bretagne pendant plus de six cents ans, de 1185 au 8 avril 1791 (1).

La disposition essentielle de l'Assise est de proclamer le principe de l'indivisibilité du fief et l'attribution de toute la seigneurie à l'aîné : « *Quod in Baroniis et feodis militum ulterius non fierent divisiones, sed major natu integrum dominatum obtineret, et junioribus suis majores providerent et invenirent honorificè necessaria juxta posse suum.* » Toute la seigneurie appartiendra donc à l'aîné à charge par lui de fournir à la subsistance des puînés. Deux raisons ont déterminé le comte Geffroy et les barons de Bretagne à établir l'Assise : le besoin d'assurer le service militaire, et en second lieu, le désir de conserver à la noblesse son influence. Le début de l'Assise en témoigne : « *Quod cùm in Britannia super terris inter fratres dividendis detrimentum plurimum, soleat evenire...* » C'est le début de l'orgueil de caste. Pour rester forte, la noblesse sent le besoin de rester riche. Elle veut dominer tout par sa valeur et sa richesse.

Les puînés furent sacrifiés. D'après l'Assise, ils son entièrement à la merci de leur frère aîné qui ne leur doit qu'une pension alimentaire. On les avait faits *potius alimentarios quam heredes*, suivant l'expression de d'Argentré.

Cette disposition ne fut pas exécutée aussi rigoureusement que l'édicteait l'Assise. Le partage en rentes, *in denariis*, autorisé par l'Assise, se fit par assignat d'une partie des terres aux puînés, qui en percevaient les revenus. C'est le *partage à viage* que nous verrons plus tard.

Bien plus, les puînés obtinrent fréquemment un véritable

(1) Jusqu'à ces derniers temps l'Assise au comte Geffroy était restée très mal connue. Le texte exact n'avait pas été établi complètement et les auteurs qui s'en étaient occupés avaient commis de nombreuses erreurs. D'Argentré lui-même, au dire d'Hévin, y avait « fait autant de chûtes que de démarches ». M. Marcel Planiol dans une très belle étude, a déchiré les voiles qui obscurcissaient la question, et déterminé le caractère et la nature de l'Assise et des coutumes postérieures qui l'ont modifiée. Je renvoie le lecteur à cette étude parue dans la *Nouvelle Revue historique* de mars-avril et septembre-octobre 1887.

démembrement du fief. Ils se firent attribuer un lot en pleine propriété qui souvent constituait une terre indépendante. Le principe de l'indivisibilité de la seigneurie était sauvegardé, au moins en théorie. Il n'y avait en effet qu'un seul homme ayant des droits sur le fief, mais en fait c'était là un véritable partage entraînant une diminution du patrimoine de la famille.

Ces démembrements provenaient généralement de donations. Le principe de l'indivisibilité ne s'appliquait qu'aux successions. Il avait pour but de sauvegarder les droits de l'aîné, mais rien n'empêchait celui-ci de donner des terres à ses frères puînés, comme il aurait pu les donner à un étranger.

L'introduction de l'indivisibilité du fief en Bretagne a eu un caractère contractuel. Ce n'est pas une disposition législative par laquelle le comte Geffroy impose le droit d'aînesse à ses barons. Ceux-ci sont maîtres en leur baronnie. C'est un pacte. Le comte et ses barons se sont entendus dans leur intérêt commun et se sont engagés sous la foi du serment. Dans chaque maison, les puînés se sont engagés avec leur aîné, et comme dans les idées primitives celui qui s'oblige n'oblige que lui-même et non ses héritiers, au moment de chaque partage aînés et puînés doivent jurer d'observer l'assise. « *Dec revimus etiam necessarium ut et majores natu et minores eam jurarent tenendam.* » Si les puînés refusent de se soumettre à l'assise par serment, les barons autorisent l'aîné à leur refuser tout partage. « *Quod si nollent jurare, amplius nec in terris nec in denariis partem essent habituri.* » Cette jurée dut disparaître de bonne heure, et le fait d'avoir partagé un certain nombre de fois selon l'assise dut rendre obligatoire pour cette famille ce mode de partage. On s'occupe uniquement de l'usage du fief. La très ancienne coutume de Bretagne, rappelant la jurée de l'assise, a soin de dire qu'il s'agit de fiefs se gouvernant selon l'assise, et de barons ou de chevaliers « qui noblement se sont gouvernés eux et leurs prédécesseurs ès temps passés. »

En ce qui concerne les droits des filles puînées, il n'y a pas de

raison pour distinguer s'il y a des filles seules, ou des fils et des filles. Le texte de l'Assise leur reconnaît simplement le droit d'obtenir une dot, un *maritagium*. Cette dot leur était donnée en pleine propriété, à héritage. Elles ne succédaient pas à proprement parler, elles étaient héritagères. L'acceptation de ce *maritagium* est au choix de la puinée, qui, si elle trouve ailleurs une terre à sa convenance, peut demander à son frère ou à sa sœur aînée de la lui acheter.

Les filles puînées paraissent donc mieux traitées par l'Assise de Geffroy que les fils. Tandis que ceux-ci sont réduits à une simple pension alimentaire et ont tout au plus un viage, les filles ont droit à une dot, à une terre en pleine propriété, et elles peuvent la choisir la plus favorable possible.

J'attribuerai volontiers cette anomalie à l'état des institutions bretonnes à l'époque de l'Assise. Il faut remarquer que nous sommes en plein pays celtique, et que l'influence française n'avait fait qu'effleurer la Bretagne. Le partage égal, loi de succession de ses habitants, n'excluait pas une énorme supériorité morale en faveur de l'aîné. Celui-ci était le chef de la famille, qui devait ressembler beaucoup au clan que nous avons vu en Irlande et en Ecosse. Cette analogie est d'autant plus probable, que la Bretagne a été pour ainsi dire repeuplée aux <sup>vi</sup><sup>e</sup> et <sup>vii</sup><sup>e</sup> siècles, par des hommes que les invasions saxonnes chassaient de la Grande-Bretagne, par des Celtes, qui ont gardé une organisation étroite, rigoureuse, de la famille, et qui ont dû apporter avec eux la communauté de famille. Il est donc fort possible que cette communauté, que nous trouvons en Irlande et dans les autres pays celtiques, se soit conservée longtemps en Bretagne, et elle ne devait pas avoir disparu depuis longtemps au <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle.

Dans ces conditions, la fille qui se marie pour passer dans une autre famille doit emporter avec elle sa dot. Un viage, un droit de jouissance qui ferait intervenir un étranger dans les règlements, dans l'administration des biens de la famille, ne pouvait

être toléré. La terre donnée à la fille sortait une fois pour toutes de la famille, et souvent même elle était prise en dehors du patrimoine.

Il n'en est pas de même pour les fils. L'état de choses créé par l'Assise de Geffroy ne dut pas différer beaucoup des anciennes institutions bretonnes. La famille avait dû rester groupée dans une sorte de communauté de famille autour de l'ainé. La même situation se maintint après l'Assise. Les puînés n'eurent plus leur part en pleine propriété, toute la fortune appartient dès lors à l'ainé, mais ils continuèrent probablement à vivre comme par le passé sur le domaine patrimonial, selon la fortune de la maison et leurs besoins. Ils trouvaient là ce qui leur était nécessaire, leur pourveance, et puisque la responsabilité du service militaire et la conservation de la richesse de chaque maison voulaient que la fortune restât indivisible entre les mains de l'ainé, qu'avaient-ils besoin d'une part en pleine propriété au delà de ce qu'il leur fallait pour vivre ?

Les dispositions de l'Assise en ce qui regarde le droit des puînés ne furent pas rigoureusement respectées. Nous avons vu que souvent les puînés obtinrent de leur aîné, non seulement un viage, mais même une part en pleine propriété. Au commencement du <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle, nous trouvons citée dans les auteurs et dans la *Très Ancienne Coutume de Bretagne* une ordonnance de Jean II, qui modifiait à ce point de vue le régime de l'Assise. Les dispositions de cette ordonnance présentent une analogie frappante avec les Etablissements de Saint-Louis, et il est possible qu'on ait pris la reproduction de ces usages angevins pour une ordonnance qui n'a peut-être jamais existé. L'argument le plus fort en faveur de l'existence de cette ordonnance de Jean II est qu'elle est mentionnée dans la *Très Ancienne Coutume de Bretagne*, qui ne lui serait pas très postérieure, comme une règle courante, et dont les dispositions sont connues de tous.

Peu nous importe, du reste, car il y a un fait certain, c'est que ces usages angevins qui avaient pénétré en Bretagne, — qu'ils

aient été consacrés ou non par une ordonnance du duc Jean II, — étaient entrés dans la coutume et devenus la règle habituelle des partages. Les puînés obtenaient non plus une pension viagère, mais une concession de terre, une portion de fief leur vie durant. Ils ont un *viage*. Et cette part était généralement du tiers. Mais il n'y avait pas dans la prétendue ordonnance de Jean II de limitation de part, et le partage « sans limitation de quote » reste une des prétentions chères aux grandes familles.

Le droit d'aînesse revêtit donc en Bretagne un caractère d'une rigueur extrême. Les puînés furent sacrifiés à l'aîné par l'Assise de Geffroy, l'indivisibilité du patrimoine fut absolue. Et ce droit exorbitant ne fut pas reconnu seulement aux mâles, mais aussi aux filles. A défaut de fils, c'est à la fille aînée que revient toute la fortune. La seigneurie, d'après l'Assise, appartient à elle et à son mari : *In filiabus vero qui majorem habuerit. terram habeat.*

La coutume de Bretagne différait singulièrement en cela des autres coutumes, où, à défaut de mâles, les filles se partageaient également le fief, avec généralement un léger avantage à l'aînée. En Bretagne, le droit de la fille aînée est aussi absolu que celui du fils. « La Bretagne, dit M. Planiol, n'a jamais connu une aînesse ainsi amoindrie. C'est à peine si parfois on a disputé à la fille aînée quelques-unes des prérogatives de l'aîné mâle ». Et le droit d'aînesse établi si tard s'y maintint avec une telle rigueur que, au xvi<sup>e</sup> siècle, lorsque l'on rédigea la coutume de la province, la saisine héréditaire fut donnée à l'aîné ou à l'aînée seuls, avec les deux tiers des fiefs et les deux tiers des meubles,

A partir de la fin du xii<sup>e</sup> siècle, le droit d'aînesse est la loi de la France coutumière. La jurisprudence de l'Echiquier de Normandie consacre le principe de l'indivisibilité du fief, et l'institution du droit d'aînesse : « Li puis nez ne puet pas suivre brief de frère et de gage, einz sera boutz arrière parce que

il i a ainz né ». — « Il fut jugié que sergenterie fiévée ne doit pas être partie » (1). Le grand coutumier de Normandie confirma la doctrine des arrêts de l'Echiquier. Le comté, la Baronnie et le fief de Haubert sont impartageables. L'ainé est le principal héritier du père, et si le puîné s'empare de la succession et la transmet à ses héritiers, l'ainé peut de plein droit les en expulser en tout temps. Les Etablissements de Saint-Louis donnent le fief à l'ainé, mais permettent au père de le partager entre ses enfants : « Baronie ne départ mie entre frères, se leur père ne leur a faite partie, mès li ainz néz doit faere avenant bien fet au puiz nez et si doit les filles marier ». En Anjou, le fief de Baronnie ne pouvait être démembré ; cependant le droit d'aînesse et le principe d'indivisibilité étaient moins absolus pour les fiefs non titrés. Les établissements de Thibaut, comte de Champagne, au commencement du <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, confirment l'exercice du droit d'aînesse dans cette province. Il est vrai que le droit d'aînesse est réduit à un simple préciput. Il revêt ici un nouveau caractère ; l'ainé prenait le château et ses dépendances, ou s'il y en avait plusieurs, celui qui lui plaisait ; le reste des fiefs se partageait également. La même faveur existait pour la fille aînée, qui avait, d'après une décision de la comtesse Blanche en 1212, le château et la justice du fief (2).

### SECTION TROISIÈME

#### TRANSFORMATION DU DROIT D'AÎNESSE

Au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, le principe de l'indivisibilité du fief reçoit de graves atteintes ; la nécessité d'assurer le service militaire le

(1) Arrêts de l'Echiquier, années 1214 et 1235, p. 127 et 168.

(2) Lettres de Blanche, comtesse Palatine de Troyes, Cartulaires de Champagne, Chantereau Lefebvre Preuves, p. 44. -

maintient encore, et Pierre Desfontaines le reconnaît : « Ne me semble mi que fiez puisse estre partiz ne doie, dont chascune partie n'est sofizauz à servir ». Mais lui-même permet le partage du fief venu en ligne directe du père des enfants, pour assurer leur subsistance. Toutefois, s'il y avait des vilenages, l'ainé prenait le fief, et les autres les vilenages (1). Nous avons vu que les établissements de Saint-Louis donnaient au père la facilité de partager le fief entre ses enfants ; à défaut de ce partage, l'ainé prenait les deux tiers de toute la fortune, tous les meubles, et restait chargé des dettes. Dans aucun cas, les Etablissements, comme le Conseil de Desfontaines, ne permettent aux puînés de prendre une part supérieure au tiers. Entre les filles, l'ainée prend seulement le coq et les hébergements (manoir et ses dépendances). Beaumanoir reproduit le système des Etablissements. Il n'admet cependant pas le droit d'ainesse pour les meubles, qu'il partage par parts égales entre les enfants. Enfin, les anciennes coutumes de Reims et celles de Bourgogne n'accordent à l'ainé que la moitié de la succession féodale.

### § I. — Le fief devient bien patrimonial

D'une façon générale, et quelles que soient les différences de détail qu'elles comportent, les coutumes du <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle nous indiquent une évolution dans le caractère du fief, et par suite, dans la loi de succession, dans le droit d'ainesse. Le fief n'est plus une association de guerriers, un pouvoir indépendant en dehors de la famille et supérieur à elle, un organisme vivant et complet avec sa direction propre où chacun des membres, le seigneur comme les vassaux, a des droits et des devoirs corrélatifs ; il n'a même plus le caractère militaire qui l'avait soutenu plus tard et qui, dans l'oubli des relations qui l'avaient fait naître, était resté la marque de son origine et de ses obligations.

(1) Conseil ch. 34, n<sup>o</sup> 8, 12 ; ch. 15, n<sup>o</sup> 7.

Il est devenu purement et simplement un bien patrimonial ; et, si le partage égal est toujours prohibé, c'est plutôt une survivance des traditions anciennes, qu'une conséquence de l'organisation du fief. Quand nous arriverons au xvi<sup>e</sup> siècle, à l'époque de la rédaction des coutumes, cette évolution sera terminée. Le droit d'aînesse se conserve, mais comme simple préciput, et il trouve sa raison d'être dans l'idée de famille, dans l'orgueil de caste. Les mêmes idées qui l'ont fait introduire en Bretagne le font survivre à la chute de la féodalité. De celle-ci est sortie la noblesse française, et elle a besoin, pour sauver sa grandeur, de conserver sa richesse. Voilà pourquoi, dans les maisons nobles, la plus grande partie de la fortune revient à l'aîné. D'ailleurs, cette idée-là n'est pas nouvelle. A plusieurs reprises, nous l'avons vue apparaître dans le développement de la féodalité. Un exemple frappant nous est fourni par la coutume du bailliage de Caux. D'après cette coutume, le père pouvait ordonner par testament ou par donation entre-vifs, que la portion du puîné, mourant sans enfants, accroîtrait aux puînés, et que l'aîné n'y prendrait pas part. Basnage rapporte que les cadets, loin de profiter de cet avantage, s'arrangeaient pour faire profiter l'aîné seul de ces biens. Le second frère, par exemple, aliénait de son vivant ses biens à l'aîné, pour empêcher le troisième d'en profiter. La fortune restait ainsi dans les mêmes mains. La puissance et le renom de la famille conservaient plus de relief et plus d'éclat.

Le caractère particulier que nous avons reconnu au fief, avait été, à notre avis au moins, l'origine et la cause de son indivisibilité. Quand les nécessités sociales ne forcèrent plus les individus à rester groupés étroitement sous le commandement de l'un d'eux, et quand, d'un autre côté, le souvenir du lien personnel qui avait mis le fief dans la famille se fut effacé ; en un mot, quand, par un long usage de la possession, le fief fut devenu une véritable propriété, au moins en fait, sinon en droit, il n'y eut plus de raison pour écarter les puînés du partage

des biens de la famille. Il parut injuste que la propriété de la famille revînt à un seul, au détriment de ses frères. Mais comme l'indivisibilité du fief et l'unité du service militaire avaient encore trop d'autorité, il fallait trouver une institution donnant satisfaction à ces deux principes et les ménageant tous les deux : ce fut le parage. Il fournit ainsi le trait de transition entre le droit d'ainesse de la féodalité et celui de la monarchie moderne, entre l'indivisibilité primitive et le fractionnement du fief.

## § II. — Le parage.

Dans le système du parage, le fief se partageait effectivement entre les enfants, mais il restait indivisible à l'égard du seigneur suzerain, et l'ainé était chargé de représenter ses frères auprès de lui. Il est ainsi seul tenu du service féodal. Il porte la foi et l'hommage pour la totalité du fief et acquitte le profit pour le compte de tous, mais les puînés ont la jouissance d'une partie. Nous retrouvons ici jusqu'à un certain point la communauté de famille de l'Inde, sous la direction de l'ainé. Le parage en diffère d'abord en ce que les droits des puînés sont fort inférieurs à ceux de leur frère ; en second lieu, il n'y a pas comme dans l'Inde une administration commune. La part de chacun est nettement déterminée et, au moins en règle générale, il n'y a pas d'indivision. Un certain nombre de cas cependant peuvent présenter les caractères d'une véritable communauté, quand, par exemple, la part d'un frère puîné consiste dans une portion de revenus des droits féodaux, du four, du pressoir, etc... A vrai dire, le parage à son début a dû se rapprocher de cette dernière forme. Il a été un droit de jouissance accordé aux puînés sur une portion du revenu du fief, droit de jouissance essentiellement temporaire. Les parageux ont été de simples usufruitiers. C'est ce que constate Loisel : « Du depuis, les

puinés y ont pris (sur le fief) quelques provisions et apanages, qui leur ont, quasi partout, été enfin faits patrimoniaux » (1). Au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, il reste encore des traces de ce parage primitif. Nous avons vu qu'en Bretagne le tiers accordé aux puinés est un simple usufruit. Dans l'Anjou, le Maine et la Touraine, les puinés n'avaient également droit sur les baronnies qu'à un usufruit viager, et au <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle une réformation du droit aggravant encore la situation des puinés ne leur accorda sur toute succession noble qu'une part en usufruit. Cette indivisibilité, non seulement du fief, mais du patrimoine tout entier, a donné naissance à un régime fort curieux dans le pays d'entre la Sèvre nantaise et la Dive, et d'entre la Sèvre et la mer. C'est le système du *viage* ou de *retour*. Toute la propriété de la famille appartient à l'ainé, et ses frères n'ont droit qu'à un *viage*. A la mort de l'un d'eux, les survivants prennent sa part par droit d'accroissement, de préférence à ses enfants, et à la mort du dernier survivant, le viage fait retour à l'ainé ou à ses descendants (2).

Les expressions employées par les auteurs pour indiquer quelles sont les obligations de l'ainé envers ses frères et sœurs, *avenant bienfait*, *suffire à leur pourveance*, sont un indice de plus de ce caractère primitif du parage. Mais à part la Bretagne et le groupe de Touraine-Anjou, les autres provinces reconnaissent bientôt aux puinés un droit de propriété, non seulement sur les biens ordinaires, mais même sur le fief, et c'est sous cette forme que nous étudierons le parage.

Il apparaît en France dès le onzième siècle. En 1036, nous voyons Guillaume, frère de Pierre vicomte de Carcassonne, tenir en fief de son aîné, Viterbe et autres lieux fortifiés (3). Au milieu du <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle, Othon de Fressingén nous apprend que le parage est très répandu en France. « Mos in illa qui pene in omni-

(1) *Instis. Coutum.* L. IV T et III § 61.

(2) *Cout. du Poitou* de 1417.

(3) *D. Vaissette* T. 2. Preuves dipl. 177.

bus Galliæ provinciis servatur, remansit, quod semper seniori fratri ejus que liberis, seu maribus, seu feminis, paternæ hereditatis cedat autoritas, cæteris ad illum tanquam ad dominum respicientibus. » (1). Les anciens documents féodaux nous en fournissent de nombreux exemples. En 1152, Henri succède à Thibault son père comte de Champagne. Les puînés Thibault et Etienne tiennent en parage de lui les comtés de Blois et de Sancerre, tandis qu'il prend le fief principal, la Champagne (2).

Le parage passa en Orient avec la législation féodale au temps de la première croisade, mais il n'existait pas entre filles. A défaut de fils, le fief restait impartageable entre les mains de la fille aînée. Philippe de Navarre nous apprend que plus tard le parage fut admis également entre filles. « Lonc tens après aussi était usé de seurs comme des frères, car l'ainée seur avoit la fie tout enterinement... Et je ai entendu vraiment que les trois filles de Messire Henri le Buffle furent les premières qui partirent (partagèrent) ». Cet Henri le Buffle était un gentilhomme champenois qui s'établit dans le royaume de Jérusalem, et il y porta un certain nombre d'usages de la Champagne. « Il amenda moult pluisors des us et des assises dou reaume, par le rei et par ses homes, qui moult s'accordèrent à son sens et à sa parole. » (3) L'introduction du parage entre sœurs dans le royaume de Jérusalem est donc due à l'influence des usages de la Champagne. Au temps de Jean d'Helin il est définitivement établi : « Et la moinz née tendra sa partie de l'ainz née et li en devera faire tot quanque le fié deit de homage et de servise et de mariage et de estage et de totes les autres redevances que le fie deit. » (4)

Le parage avait pour but de donner satisfaction aux aspirations légitimes des puînés et de leur permettre d'arriver dans

(1) *Othon de Fressingén de Gestis Frederici*, L. II, cap. 29.

(2) Voir Brussel : *Traité des fiefs*, L. III, ch. 13.

(3) *Philippe de Navarre*, ch. 71.

(4) *Assises de la Haute-Cour*, ch. 150.

une certaine mesure à la succession de leur père. L'ainé portait l'hommage au seigneur pour tout le fief, et garantissait ses frères sous son hommage, mais ceux-ci ne devaient pas l'hommage à l'ainé. Les puînés ou *aparaageurs* sont les égaux de l'ainé, *chef parageur*. Ils ne portent pas l'hommage au seigneur. Les Etablissements de Saint-Louis nous ont conservé cette forme première du parage. Il formait ainsi une véritable communauté de famille sous la direction de l'ainé. Et cette communauté n'existait pas seulement entre frères, mais entre parents éloignés. L'ainé de la branche aînée garantissait en parage tous les descendants des puînés. L'ainé représentait toute sa race. Il prenait dans les actes le titre de *chef de nom et d'armes* de sa famille. La branche aînée était la seule que le seigneur reconnut pour vassale, qu'il dût *considérer*. Aussi donnait-on à cette branche aînée le nom de *miroüer de fief*.

« Le parage signifie parité de naissance et d'honneur » dit Brussel. Ainsi le puîné qui tenait une terre noble en parage de son aîné, la tenait aussi noblement que si c'eût été l'ainé qui l'eût possédée.

Au moins dans la forme primitive que les Etablissements de Saint-Louis nous ont rapportée, le puîné ne doit pas l'hommage à son aîné. Celui-ci n'avait pas le droit d'exiger aucun relief, rachat, ni redevance de son puîné tant que le parage durait, c'est-à-dire, tandis qu'il y avait prohibition de mariage entre les deux branches. « Nuus hom qui tient en parage ne fait aïde à à son aparaageor, se il ne la fait au chief seignor. Et se aucuns est qui ait parageors qui teignent de lui en parage, il ne lor puet mettre terme hors dou parage par droit. Hom qui tient en parage, si tient ausinc franchement et gentilment comme celui de qui il tient, et si a autretant de joutise en parage » (1). Et plus loin « Nuus hom qui tient en parage ne met rien en roncin

(1) *Etabliss. de Saint-Louis*, ch. 47. Je préviens une fois pour toutes le lecteur que je me rapporte toujours en ce qui concerne les Etablissements de Saint-Louis à l'excellente édition qu'en a donné M. Paul Viollet.

de servise, ne en nul rachat, ne en nul servise que cil de qui il tient en parage face au chief seignor, si ce n'est en ses loiaux aides » (1).

L'ainé devait même acquitter les droits de relief et de rachat des terres tenues de lui en parage par ses puînés. « Nuns gentis hom ne fait rachat de rien qui li eschie de vers soi, jusques il ait passé cosin germain, ne nus ne puet demander a autrui faresche, s'il n'est cosins germain, ou plus près. Et des choses que gentis hom prant a sa fame, par coi ele en face foi au seignor, il en fait rachat, l'année de sa terre ; et se ele tient en parage, il n'an fera point » (2).

Les puînés n'étaient cependant pas exempts de toute obligation. Ils devaient faire le service du fief pour leur part, non seulement le service militaire, mais contribuer aux aides réclamés par le seigneur. L'ainé les réunissait pour assister au règlement et à la répartition de l'aide, et à leur défaut il en faisait seul l'assiette. « Si li bers fait s'aïde par dessus ses vavasors, il les doit mander par devant lui. Et se li vavasors avait aucuns aparageors qui deüssent mettre en l'aide, il lor doit mettre jor qu'il ait ses aparageors ; et li vavasors si doit as parageors dire qu'il vaignent à tel jor veoir faire l'aïde, et se li aparageors n'i viennent, (li parageors ne lairra pas por ce à faire l'aïde et) il n'i lairont pas par ce à metre, puisqu'il en sont semons. Et se aucuns fait s'aïde sanz semondre ses aparageors, il n'i metront riens se il ne vuelent » (3).

Ce n'en était pas moins une situation fort avantageuse pour le puîné, qui avait par suite tout intérêt à conserver sa qualité d'aparaueur. La vente de sa terre par l'ainé détruisait le parage, aussi ne pouvait-elle avoir lieu sans qu'il ne dédommageât ses frères puînés. « Se aucuns hom tenait en parage d'un autre et cil de qui il tendroit fust fous et vandist sa terre . . . il li bail-

(1) *Etablis. de Saint-Louis*, ch. 81.

(2) *Ibid.* ch. 51, 24.

(3) *Ibid.* ch. 46.

lera tant de sa terre qu'il en puisse bien feire lou servise à celui a qui il sera hom, et a qui il fera la foi. Et einsi doit l'en esgarder lou damage qu'il i aura selonc la grandor dou fié et en servise faire, et en l'obeïssance au seignor d'aïdes et autres choses » (1).

La situation inverse pouvait se présenter. Le parage cessait également par la vente que le puîné faisait de son ténement noble à une personne étrangère. Dans ce cas, la mouvance eût dû retourner au seigneur suzerain, et la Constitution de 1209 l'avait ainsi prescrit, mais l'usage s'introduisit que l'hommage de ces portions de puînés serait fait par l'acquéreur à l'ainé de la famille ou à ses représentants. Nous en trouvons un exemple, dans le dénombrement de la Baronnie d'Esneval en Normandie, fourni au roi en 1409 (2).

Cet usage était fort préjudiciable aux seigneurs. L'action du suzerain devenait moins efficace en cessant d'être immédiate. Le nouvel acquéreur ne tenait sa terre de lui qu'en arrière-fief ; mais l'intérêt de la famille ne voulait pas que la terre sortit au moins complètement d'elle. L'hommage qui rattachait l'acquéreur à l'ainé, rattachait aussi sa terre au fief ; si elle n'en faissit plus partie, elle en restait au moins une dépendance.

Le parage existait entre sœurs. Nous l'avons vu recevoir dans le royaume de Jérusalem à l'exemple d'Henri-le-Buffle, gentilhomme Champenois. Une constitution de Blanche, comtesse de Champagne, de 1212, détermine le partage de la succession entre sœurs à défaut de mâles. Elle laisse à l'ainée le château avec la justice et les mouvances qu'il comporte ; La terre plane se partageait entre les puînées qui la tenait en parages de leur sœur ainée. Les Etablissements de Saint-Louis en parlent également. « Si gentis hom n'a que filles tout autre-tout panra l'une comme l'autre ; mais l'ainz née aura le hébergement en avantage et i chese s'il i est, et se il n'i est, V s. de

(1). *Etablis. de Saint-Louis*, ch. 130.

(2) Voir Brussel : *Traité des fiefs*, p. 892.

rante et garra aux autres en parage » (1). Les établissements de Normandie admettaient aussi le parage entre filles et le Grand Coutumier conserve cet usage. Les filles puînées tenaient de l'aînée par parage et sans hommage.

Il en était probablement de même quand il y avait des fils. Les sœurs qui recevaient de leur frère aîné une terre, devaient généralement la tenir en parage. La coutume d'Anjou et celle du Maine l'indiquent ; les autres coutumes n'en parlent pas et leurs interprètes étaient divisés sur la question. Le doute vient de ce que la donation d'une terre étant absolument volontaire de la part de l'aîné dans la plupart de ces coutumes, l'aîné avait le droit d'y mettre telle condition qu'il lui plaisait, de régler le titre d'après lequel la terre serait tenue. Mais il n'y a pas de raison pour ne pas admettre le parage de la sœur à l'égard de son frère, quand il est admis dans les autres cas. Le principe de l'indivisibilité du fief qui lui avait donné naissance, exigeait aussi bien dans ce cas que dans les autres, l'unité des services et des rapports dans la même personne. Renoncer à cette fiction du parage entre frère et sœur, c'était proclamer le démembrement du fief.

Le parage existait en ligne collatérale, et l'aîné de la branche aînée garantissait en parage tous les descendants des puînés. Cette garantie s'étendait entre les membres de la famille jusqu'au degré où le mariage était prohibé, jusqu'au septième degré canonique d'abord, jusqu'au quatrième plus tard, quand le Concile de Latran eut restreint la limite imposée au mariage entre parents. Au delà de cette parenté, les membres de la famille devaient l'hommage à l'aîné de qui leurs biens avaient été tenus en parage précédemment. : « Quant aucuns a grant pièce tenue en parage et cil de qui il tient, viaut que il li face homage, ou se non, ce qui il li doit faire, li face, cil li doit mostrer qu'il ait entr'aus II tel lignage que lor enfant ne s'en-

(1) *Etablis. de Saint-Louis*, ch. 12.

trepuissent avoir par mariage. Et s'il ne li puet mostrer le lignage, il li fera homage par droit » (1). Les parageurs avaient le droit de prouver qu'ils étaient encore à un degré de parenté admettant le parage. « Si aucuns avait longuement tenu en parage, et cil de qui il avait tenu li déïst. « Je ne vueil que vos teigniez plus de moi en parage, si vos ne me poez conter le lignage . . . . . et li autres li doit mostrer la chose, et conter dont il est issu et le lignage de degré en degré ; et il se treuvent si près qu'il ne se puissent entreprendre par mariage et se li uns soit homs et li autres soit fame, il remaindra en parage » (2). La parenté est alors trop éloignée pour que la garantie puisse être maintenue. Les aparageurs doivent les vassaux de l'aîné, du chef de la famille.

Dans cette nouvelle situation, les anciens aparageurs deviennent les arrières vassaux du suzerain à l'égard duquel le fief n'est toujours pas démembré, puisque l'aîné de la famille continue de la représenter à un titre ou à un autre. Mais sous l'influence de cet exemple, le caractère du parage se modifia. La terre attribuée en parage au puîné suivit la même route que l'ancien bénéfice pour devenir fief. De viagère qu'elle avait été au début, cette attribution était devenue définitive. La terre tenue à titre de propriété se détacha bientôt du fief. Comme les membres de la famille éloignés du tronc primitif, les puînés gardèrent aussi leurs terres à titre de vassaux. Ils durent l'hommage à l'aîné et tinrent en arrière-fief du suzerain dont cependant ils dépendaient encore pour la justice. C'est là la forme de parage que nous trouvons dans Beaumanoir. Le fief tend à se décomposer.

Le parage était une institution trop complexe, je dirai trop fictive, pour avoir une bien longue durée. Il ne pouvait être qu'un mode de transition. Dès le début du <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, il y a une tendance à la dénaturer et même à la supprimer, en faisant

(1) *Etablis. de Saint-Louis*, Liv. I, ch. 48.

(2) *Ibid.*, ch. 79.

rendre l'hommage directement au suzerain dont dépendait auparavant la terre attribuée en parage. Une charte de mai 1208 parle d'un procès entre Thibaut, comte de Champagne, et Simon, sire de Chateaufort. Le comte de Champagne, de qui relevait Chateaufort, voulait que Simon prît directement ligeance de lui, tandis que celui-ci voulait tenir sa terre de Simon sire de Commercy, son frère aîné. Cet exemple est rapporté avec beaucoup d'autres par Brussel, et ils témoignent tous les efforts des seigneurs pour conserver et augmenter leurs mouvances immédiates que la tenure en parage avait pour effet de leur enlever. Aussi fut-ce avec leur agrément, et peut-être même à leur instigation, que Philippe-Auguste rendit une ordonnance par laquelle il décidait que, quand un fief serait partagé entre plusieurs enfants, chacun d'eux tiendrait directement sa part du seigneur suzerain et lui en ferait hommage. En second lieu, le service de la totalité de ce fief devra être fait par chacun de ceux qui en tiendront des parts, en proportion de leur part. Cette ordonnance devait entrer en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> mai 1209 (1).

Les ordonnances royales, à cette époque, n'étaient exécutoires que dans les domaines de la couronne. Pour qu'elles le fussent dans les domaines des grands vassaux, il fallait qu'elles eussent été reconnues par eux. « Quand le roi fait aucun établissement especiaument en son Domaine, li Barons ne lessent pas à user en leurs terres selonc les anchiennes coûtumes. Mais quand li establissement est généraux, il doit courre par tout le Royaume. Et nous devons croire que tel establissement sont fait par tres grand conseil et pour le commun pourfit »(2). L'ordonnance de 1209 fut vite acceptée. Dès 1210, à partir du 1<sup>er</sup> mai, elle est en vigueur dans les domaines d'Eudes, duc de Bourgogne, Hervé, comte de Nevers, Renaud, comte de Boulogne, Guillaume, comte de Saint Pol, Gui, sire de Dampierre,

(1) *Ordonnances des rois de la troisième race*, T. I, p. 29

(2) Beaumanoir : *Cout. de Beauvoisis*, Ch. 48.

de Saint-Dizier et de Bourbon. La comtesse Blanche de Champagne et de Brie, malgré les efforts de Philippe-Auguste, ne souscrivit pas à cette constitution. Elle avait trop besoin de ménager les seigneurs de ce pays, qui la soutenaient contre les deux jeunes filles du défunt comte Henri, qui lui disputaient la possession de ces comtés. Aussi le parage continua de subsister en Champagne après la constitution de 1209.

A part cette exception, la constitution de 1209 obtint force de loi dans à peu près toute la France coutumière. Les domaines de la Couronne étaient considérables à cette époque. A l'ancien Duché de France, les rois de la troisième race et Philippe-Auguste surtout, avaient ajouté la Normandie, le Maine, l'Anjou, la Touraine, le Poitou, conquis sur les rois d'Angleterre. L'Amiénois, l'Artois et le Normandois en faisaient également partie. Si nous ajoutons à ces territoires le duché de Bourgogne, les comtés de Nevers, de Saint-Pol, de Boulogne, le Bourbonnais, le Forez, où elle avait été reconnue par les seigneurs, la Champagne seule fera tache sur la carte de France coutumière.

La Bretagne échappa à l'ordonnance de 1209. Le droit d'aînesse, récemment introduit par l'Assise au comte Geffroy, y était dans toute sa vigueur. Les puînés n'avaient droit qu'à une pension viagère. Ce n'est qu'au <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle, sous l'influence des usages d'Anjou introduits en Bretagne sous le nom de la prétendue Ordonnance de Jean II, qu'ils obtinrent, non pas encore une part héréditaire, mais une part viagère. C'est ce que constate la très ancienne coutume de Bretagne : « Les juveigneurs ont pourveance sur le grant de la terre. » La même coutume laisse indéterminée la part qui revient aux puînés : « Et leur doit être jugée leur partie selon le grant de la terre, et le nombre des enfants. » Du reste, d'une façon générale, cette part était fixée au tiers (1).

L'ordonnance de 1209 était un coup terrible porté à la féodalité. Elle était la négation du principe de l'indivisibilité du fief,

(1) *Petit Cout. de Bretagne*, art. 2, 3, D. Morice. T. II, col. 1780.

et arrivait, par le morcellement à l'infini, à détruire toute puissance autre que celle de la royauté. Les grands vassaux qui ne voyaient que leur intérêt immédiat avaient été les premiers à la réclamer. Ils se croyaient d'ailleurs assez forts pour se maintenir au-dessus de ses atteintes. Mais il n'en fut pas de même des seigneurs d'ordre inférieur. Ceux-ci sentirent tout de suite le coup qui leur était porté, et une vive résistance se forma. Nous avons vu Blanche, comtesse de Champagne, refuser, sous la pression de ses vassaux, de reconnaître l'ordonnance dans ses domaines. Dans les autres parties du royaume, la décision royale se heurta à des résistances insurmontables. Pendant tout le <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle et plus tard, le parage continua de subsister. Les Etablissements de Saint-Louis en parlent comme d'une coutume générale et admise par tous. Beaumanoir en traite aussi dans sa coutume de Beauvoisis, et il ne le considère pas le moins du monde comme une institution disparue.

Nous le retrouvons encore au <sup>xiv</sup><sup>e</sup> et au <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècle, mais il suit le sort des institutions féodales et disparaît de jour en jour. Dans certaines coutumes, il devient facultatif. Le puîné peut à son gré rendre hommage à l'aîné ou au chef seigneur. Tout un groupe de coutumes reconnaissent cette faculté, (Bourgogne, Troyes, Perche, Mantes, Laon). Il est évident qu'à ce moment l'indivisibilité du fief ne préoccupe guère les héritiers. L'intérêt particulier de l'individu ou l'intérêt de la famille sont les seules règles de leur conduite. Le parage n'est plus qu'un vieil usage chaque jour délaissé.

### § III. — Développement de l'idée de famille.

Il existe cependant encore au <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, et les coutumes rédigées par ordre de l'autorité royale le mentionnent. La coutume de Normandie elle-même, dont la rédaction tardive date de 1583, règle les conditions du chef parageur et de ses frères

parageaux. Mais il est à croire que le parage n'a plus guère d'importance pratique. La féodalité a disparu. L'échafaudage des devoirs et des obligations féodales a perdu tout intérêt. Cette fiction légale de parage qui maintenait l'unité du fief au regard du suzerain n'a plus d'utilité. Aussi la coutume de Paris de 1510 n'en parle même pas, et cependant cette institution s'était maintenue dans l'usage parisien. La *Somme rurale* (1) et les notes de Charondas l'attestent. Le droit d'aînesse revêt une nouvelle forme.

La chevalerie a brillé au Moyen âge d'un éclat incomparable. Par la grandeur de ses exploits et par la noblesse des sentiments qu'elle a proclamés ; par le courage, la loyauté, l'honneur de ses guerriers, par la vertu, la dignité de ses femmes, elle a marqué un beau chapitre dans l'histoire de l'humanité. Elle s'est élevée au-dessus du reste des hommes. Elle a eu pour elle la poésie du courage et de la vaillance, le culte du beau et du bien. Et dans cette magnifique revue de grands actes, chaque famille a eu sa part. Le nom n'est pas pour eux un simple numéro d'ordre, une étiquette de reconnaissance, c'est un recueil de souvenirs. Il rappelle une suite de héros morts pour Dieu et le roi, des victoires gagnées, des villes conquises, des actes héroïques. L'histoire de chaque famille est mêlée à celle de la nation. Au-dessus de la foule des manants, roturiers, bourgeois, dont le nom ne rappellerait que des souffrances et des misères, leur nom signifie vaillance, honneur, gloire, richesse. Quand ils s'appuient sur de tels souvenirs, comment veut-on que le nom, que l'idée de cette famille, ne soient pas sacrés. Elle ne doit pas déchoir. Pour conserver sa grandeur, il lui faut conserver sa richesse : une légère part faite aux puînés, la fortune restera au représentant de la famille, à l'aîné.

Ces sentiments ne sont pas nouveaux. Nous les avons vu exprimer en 1185 dans l'assise de Geffroi qui introduisit le droit

(1) *Somme rurale*, Liv. I, tit. 84.

d'aînesse en Bretagne. Ils reparaissent au xvi<sup>e</sup> siècle. Dans le groupe des coutumes de Touraine-Anjou, le sentiment de l'égalité entre frères était très développé et n'avait laissé accordé à l'aîné qu'un faible avantage. Dans la revision de la coutume en 1514, on admit le principe du partage des deux tiers au tiers avec le principal châtel et ses dépendances pour l'aîné. Ce système au contraire est fort mal accueilli par les familles établies entre la Sevre et la Dive, entre la Sevre et la mer. Dans ce pays, le système du viage avait donné à l'aristocratie une puissante organisation que le droit nouveau allait affaiblir. Aussi, il faut entendre les doléances de la noblesse. « Les meubles vont être partagés également au lieu d'être attribués à l'aîné. Les maisons demeureront comme destituées de tous meubles, et n'y aura table, ny rateau, ni chouse vil qui ne soyt partie, divisée et mise avant qui est souventes foys à la grante diminution des maisons et de leur autorité : car, en ce, sera descouvert la pauvreté et richesse des maisons, qui sera grant préjudice tant aux aînez, puisnés que filles et retardement de leur avancement. » Le tiers des immeubles appartiendra aussi aux puînés. « Ainsi se diviseront les seigneuries par succession de temps et par manière qu'elles seront perdues et destruietes et revyendront à néant : qui sera ung grant dommaige à la chouse publique... La dicte coustume ancienne estoit pour l'entretennement des maisons...

trop meilleur. » (1) C'est toujours la même idée, le même culte de la famille que nous avons trouvés, mais à un moindre degré peut-être dans l'Inde. Les puînés ne comptent pas. Les membres de la famille ne sont que des anneaux dans la chaîne des générations. Ce n'est pas comme dans l'Inde le besoin d'assurer la paix de l'autre vie aux ancêtres disparus, mais celui de continuer les traditions de grandeur et de gloire qui ont rendu illustre le nom de la famille.

(1) Violet : *Etablissements de Saint-Louis*, T. I, p. 320.

## SECTION QUATRIÈME

### LE DROIT D'AINESSE DANS LES COUTUMES

A partir de la rédaction des coutumes, le caractère préciputaire du droit d'ainesse est reconnu dans toute la France. L'idée de famille comme unité morale, comme un tout vivant, chaîne des générations successives dans le passé et l'avenir, avec toute leur grandeur et toutes leurs gloires, cette idée si nettement et si profondément enracinée chez les nations indo-européennes, reprend une nouvelle force. La fortune de cette famille va par suite à son représentant naturel, à l'ainé. C'est le même sentiment qui avait fait naître le droit d'ainesse dans l'Inde. Comme dans ce pays, la propriété est non pas aux individus, mais à la famille même. C'est à lui conserver sa puissance qu'elle doit être consacrée.

Cette modification dans le principe du droit d'ainesse est indiquée dans un certain nombre de coutumes par la nature des biens auxquels il s'applique. La coutume de Paris, par exemple, n'admet le droit d'ainesse que pour les biens nobles, c'est-à-dire pour les biens ayant le caractère d'*héritages* ou de *propres*, les biens venus au père par succession. Les meubles et les acquêts revenaient ainsi aux puînés entre les mains de qui les seconds ayant un caractère héréditaire formaient à leur tour des *propres naissants* pour leur succession. Cette préoccupation de conserver les mêmes biens dans la même famille est constante dans la législation coutumière, et marque la corrélation qui existe entre les deux termes. La règle fameuse « *paterna paternis, materna maternis* » universellement acceptée dans les pays de coutume, malgré les difficultés pratiques qu'elle présente, en est le résultat. D'elle aussi, vient la préférence accordée dans les successions aux parents de *sang entier*, aux

dépens des parents d'un seul côté. Il semble qu'il y aurait non seulement une injustice, mais un crime de lèse-famille, à ce que des biens appartenant à une famille, passent dans une famille étrangère.

### § I. — Nature des droits qu'il confère

Le droit d'aînesse s'appliquait plus ordinairement à la nature des biens qu'à la condition des personnes. La vieille idée de l'unité du fief avait laissé des traces profondes surtout dans les pays du Nord, et les possesseurs de fiefs, nobles ou roturiers, y étaient soumis. Les coutumes des contrées rapprochées des pays de droit écrit, qui avaient moins subi l'influence de la féodalité, n'admettaient le droit d'aînesse que pour les fiefs, et entre nobles, non entre roturiers.

Il n'est pas possible d'entrer dans le détail de chaque coutume et d'y analyser la loi de succession des différents biens. Il y a cependant certaines différences que l'on peut faire ressortir. Dans le groupe des coutumes de Touraine-Anjou (Maine et Lodunois), où le droit d'aînesse avait le plus de vigueur, il portait sur tous les biens, entre nobles, et sur les *fiefs anciens*, entre roturiers. Un *fief ancien* était un fief qui avait passé entre les mains de trois générations. Il était entré dans la famille. Il y a là un souvenir d'une mesure de Charles VII, par laquelle une famille roturière devenant possesseur d'un fief était anoblíe au bout de trois générations. Nous avons vu plus haut quel soin jaloux la noblesse de cette région avait de sa richesse ; c'est à ces sentiments qu'il faut faire remonter l'extension du droit d'aînesse (1).

Dans le Grand Perche, la coutume soumettait au droit d'aînesse tous les biens entre nobles et les fiefs entre roturiers. Le principe de l'indivisibilité du fief était plus respecté (2).

(1) *Cout. d'Anjou*, Art. 222, 235, 255. — *Maine*, Art. 239, 252, 273. — *Lodunois*, Ch. XXVII, Art. 3, 4., Ch. XXIX, Art. 2. — *Touraine*, Art. 263, 297.

(2) *Grand Perche*, Art. 137, 146, 158,

Le Poitou et la Saintonge reproduisaient dans leurs usages la distinction de la coutume de Touraine entre les fiefs anciens et les fiefs récents, entre roturiers. Les premiers étaient soumis au droit d'aînesse, les seconds se partageaient également. Entre nobles, ce droit ne s'exerçait que sur les fiefs (1). La coutume de Paris le reconnaissait pour les biens nobles, tant entre nobles qu'entre roturiers (2). Le droit d'aînesse était admis également pour les fiefs, tant entre nobles qu'entre roturiers, par les coutumes de l'Île-de-France, Champagne, Orléans, Vermandois, Picardie et Artois (3). Enfin, un certain nombre de pays rapprochés des pays de droit écrit ne reconnaissaient le droit d'aînesse que pour les fiefs, et entre nobles et non entre roturiers. Ce sont : l'Aunis, l'Angoumois, la Haute-Marche, l'Auvergne, le Bourbonnais, le Berry et le Nivernais (4).

Le droit d'aînesse était formé de deux sortes de droits : des droits honorifiques et des droits utiles. C'est dans les premiers qu'apparaît le mieux l'idée de famille. Le fils aîné est pour ainsi dire le conservateur de la famille. Il est chargé d'en garder toutes les traditions, toutes les prérogatives. Il est l'expression la plus complète, l'incarnation de sa race ; il a la préséance sur les puînés. Bien plus « il doit avoir le nom, le cri et les armes pleines » (5). Le nom, c'est le nom de la famille, le nom de la seigneurie berceau de cette famille. Les puînés prennent le nom d'un château, d'une terre qui leur est accordée en partage ; l'aîné seul, garde le nom de la maison. Le cri « c'est le titre, la qualité, la devise, armoiries et écussons que les aînez

(1) *Poitou*, Art. 280, 289, 290. — *Saintonge*, Art. 91, 93.

(2) *Cout. de Paris*, Art. 13, 15.

(3) Coutumes de : *Etampes*, Art. 110. — *Montfort l'Amaury*, Art. 94. — *Mantes et Meulan*, Art. 160. — *Meaux*, Art. 160, 169. — *Melun*, Art. 256. — *Orléans*, Art. 302. — *Montargis*, Ch. XXV, Art. 2. — *Laon*, Art. 73. — *Châlons*, Art. 8. — *Reims*, Art. 312. — *Calais*, Art. 94. — *Boulonois*, Art. 62. — *Amiens*, Art. 71. — *Artois*, Art. 94, 106.

(4) *Aunis*, Art. 57. — *Angoumois*, Art. 85, 87. — *Haute-Marche*, Art. 215, 216. — *Auvergne*, Art. 51. — *Bourbonnais*, Art. 301. — *Berry*, Ch. XIX, Art. 31. — *Nivernais*, Ch. XXXV.

(5) *Loisel : Institutes ; Titre des fiefs*, § 64.

prétendent sur leurs puisnez » dit Laurière. Il ajoute « Les armes appartiennent à cause du linage et non à cause des seigneuries, et les femmes n'ont armes » (1). Le cri est la marque distinctive de la famille, de la race à laquelle on appartient. Enfin, les *armes pleines* sont des armes où il n'y a ni brisures ni marques ajoutées, seuls les aînés ont le droit de les porter. A celle des puînés il devait y avoir des brisures pour les distinguer. En Bretagne, l'aîné a les harnois de guerre qui ne tombent jamais en partage. Le fils aîné gardait aussi les archives, et on y comprenait les titres, livres, terriers, généalogies, tableaux, etc., en un mot, tout ce qui représentait l'idée de famille.

Les droits utiles du droit d'aînesse comprenaient deux choses, le préciput et la part avantageuse. Le préciput était du principal manoir, et d'un arpent du jardin ou de l'enclos y attenant : « Au fils aîné appartient par préciput le château ou manoir principal et basse-cour attenant et contiguë audit manoir, destinée à icelui, encore que le fossé du château ou quelque chemin fût entre deux. Et outre lui appartient un arpent de terre de l'enclos ou jardin joignant ledit manoir si tant il y en a. Et si ledit enclos contient davantage, l'aîné peut retenir le tout en baillant récompense aux puisnez de ce qui est outre ledit arpent » (2).

Il a même le droit de garder le moulin, four ou pressoir qui se trouvent dans l'enclos : « Si dans l'enclos du préciput de l'aîné, il y a moulin, four ou pressoir, le corps dudit moulin, four ou pressoir appartient à l'aîné ; mais le profit du moulin bannal ou non bannal et du four ou pressoir s'ils sont bannaux se partira comme le reste du fief ; et sont tenus les puisnez de contribuer aux frais des moulans, tournans et travaillans dudit moulin, corps du four et pressoir, et ustanciles d'iceux pour portion du profit qu'ils y prennent : Peut toutefois l'aîné avoir

(1) Laurière : *Glossaire du droit français au mot Armes*.

(2) *Cout. de Paris*, art. 13.

ledit droit de profit de bannalité, en récompensant lesdits puînez comme dessus » (1). C'est cette partie du jardin ou enclos qui entoure le manoir que les juristes appellent « *le vol du Chapon* ». Ce préciput était prélevé à l'ouverture de la succession avant tout partage. Il n'entrait pas pour ainsi dire dans la masse de la succession. Il passait directement de la tête du défunt sur celle de l'aîné, sans que l'intervention de personne ne fût admise. Il représentait dans la civilisation moderne les dieux domestiques, le foyer de l'Inde, de la Grèce et Rome. Le manoir était le berceau, le sanctuaire de la famille noble. Il était lié à elle. Il appartenait à celui qui la représentait.

Mais le bénéfice le plus intéressant du droit d'aînesse consistait dans la part avantageuse attribuée à l'aîné sur les biens de la succession. « Quand père et mère ayant fiefs et héritages tenus noblement vont de vie à trépas, aïans delaissé seulement deux enfants venant à leur succession, au fils aîné pour son droit d'aînesse appartient par préciput en chacune desdites successions tant de père que de mère, un Hotel tenu en fief, tel qu'il veut choisir pour manoir principal, avec l'enclos et basse-court comme dessus est dit : Et les deux tiers des susdits fiefs et heritages tenus noblement. Et à l'autre desdits enfants compété et appartient, l'autre tiers et résidus desdits fiefs et héritages noblement tenus, étans desdites successions » (2).

S'il y a plus de deux enfants venant à la succession, la part avantageuse de l'aîné n'est plus que de la moitié des fiefs et héritages tenus noblement, et l'autre moitié revient aux puînés (3). Et cette part accordée à l'aîné était d'autant plus avantageuse qu'il ne paie pas plus de dettes que ses puînés. Ce n'est pas comme héritier qu'il prend plus qu'eux dans les fiefs, c'est en vertu d'un droit spécial, d'un *prelegs* que la coutume lui donne. Comme héritier il n'a dans les successions directes

(1) *Cout. de Paris*, art. 14.

(2) *Cout. de Paris*, art. 15.

(3) *Ibid.*, art. 16.

qu'une part ainsi que ses frères, et de là vient qu'ils paient tous les dettes également. « Jus primogenituræ, dit du Moulin, non est pars hereditaria, quia etiam non in plus (primogenitus) tenetur de debitis, sed est prælegatum datum masculo tantum » (1).

Les sentiments qui avaient fait dévier le droit d'ainesse et fait admettre les puînés non seulement à la succession des biens, mais même au partage du fief, avaient fait introduire dans la législation coutumière le principe de la légitime du droit romain. Cette légitime, indécise au début et réduite à ce qui était nécessaire aux enfants pour leur *soustenance*, selon l'expression de Beaumanoir, avait été déterminée d'une manière précise par les différentes coutumes. Par suite, dans certaines successions, le droit de l'aîné se trouvait en conflit avec ceux des puînés. Les coutumes tranchèrent la question en faveur de ces derniers. « Si esdites successions de père et mère, aïeul et aïeule, y a un seul fief consistant seulement en un manoir, basse-cour et enclos d'un arpent, sans autre appartenance ni autres biens ; audit fils aîné seul appartient ledit manoir, basse-cour et enclos comme dessus ; sauf toutefois aux autres enfants leur droit de legitime ou droit de douaire coutumier au préfix, à prendre sur ledit fief. Et où il y aurait d'autres biens qui ne fussent suffisants pour fournir lesdits droits aux enfants, le supplement de ladite legitime ou dudit douaire se prendra sur ledit fief. Et toutefois audit cas, le fils aîné peut bailler aux puînés recompense en argent, au dire de prud'hommes de la portion qu'ils pourraient prétendre sur ledit fief » (2). La légitime est donc préférable au droit d'ainesse. Cette insuffisance de la légitime peut se rencontrer également dans le cas où les dettes absorbent une grosse partie de la succession. Le frère aîné ne payant pas plus de dettes que son puîné qui n'a qu'un tiers des biens, il peut se faire que celui-ci n'ait pas sa

(1) *In consuet. parisiens.*, art. 139.

(2) *Cout. de Paris*, art. 17.

légitime. Dans ce cas donc, comme dans celui de l'article 17, il faudra que l'ainé la fournisse sur le fief. Le droit de l'ainé est donc limité par celui des puînés. Cela indique la transformation profonde qui s'est opérée dans la nature du fief, et combien peu celui-ci a gardé de son ancien caractère.

## § II. — Ses diverses formes dans les coutumes.

Il n'entre pas dans le plan de ce travail de suivre le droit d'aînesse dans la complexité des hypothèses qu'il fait naître. Nous avons cherché surtout à dégager son origine et à voir par quelles transformations il a passé avant de revêtir la forme définitive consacrée par les coutumes. D'une façon générale, il repose dans toute la France sur les mêmes idées et répond aux mêmes besoins. Il y a cependant des différences de mesure qu'il est bon de noter.

Nous avons vu plus haut qu'il embrassait diverses natures de biens suivant chaque coutume. De même il n'a pas partout la même étendue. A Orléans, à Laon, à Chartres, à Etampes et à Blois, nous retrouvons l'usage parisien, c'est-à-dire la reconnaissance à l'ainé du manoir et de ses annexes avec les deux tiers ou la moitié seulement du surplus des biens nobles, selon qu'il y avait deux ou plus de deux enfants. Dans le groupe de Touraine-Anjou (Maine-Lodunois), le droit d'aînesse s'étendait, outre le manoir et le vol du chapon, sur tous les biens entre nobles. Il comprenait les deux tiers des immeubles et la totalité des meubles. Entre roturiers, il ne s'appliquait qu'aux fiefs anciens et était aussi des deux tiers. Il était également des deux tiers en Poitou, mais n'existait que pour les fiefs entre nobles et pour les fiefs anciens entre roturiers. La Bretagne se rattachait aussi en partie au groupe de Touraine-Anjou. Le fils aîné prélevait le principal manoir avec le vol du chapon. Il avait en outre les deux tiers des terres nobles, tant

patrimoniales que d'acquêt, et les deux tiers des meubles. Le reste se partageait également entre les puînés et les filles. Mais l'ainé y avait une supériorité particulière. Le droit d'aînesse ou plutôt le droit de primogéniture y avait toujours été fort respecté. Bien avant l'assise de Geoffroy, au temps du partage égal des biens, le fils aîné n'en avait pas moins été toujours regardé comme le chef de la famille, et avait joui sur ses frères d'une haute autorité morale. Il en est encore ainsi au xvi<sup>e</sup> siècle. Contrairement à la coutume générale et à celle du groupe de Touraine-Anjou en particulier, le fils aîné était *seul saisi* de toute la succession, et c'était à lui que ses frères et sœurs devaient demander le partage. Nous retrouvons cette règle en Normandie. Elle était également applicable dans le Lodunois. Elle n'existait du reste que dans les familles nobles « entre nobles anciens vivant noblement », dit la coutume de Bretagne. (1)

Ces coutumes nous donnent la moyenne de l'étendue du droit d'aînesse en France. Certaines contrées étaient soit beaucoup plus, soit beaucoup moins favorables à l'ainé. Dans le Nord, les coutumes d'Amiens, d'Artois, de Chauny, de Péronne, de Ponthieu, saisissent le fils aîné seul de toute la succession. Il ne doit à ses puînés que le quint des fiefs propres. Dans l'Est au contraire, à Vitry, Troyes, Chaumont, Bar, Bassigny, Clermont-en-Argonne, le fils aîné n'a comme privilège que le manoir principal et le vol du chapon.

C'est en Normandie que le caractère féodal du régime successoral s'était le mieux conservé. Le fils aîné noble ou roturier est seul saisi de la succession, et il fait les fruits siens jusqu'à la demande en partage. Il prend à son choix tel fief ou terre noble que bon lui semble, et chaque puîné à son rang choisit de même un préciput. L'ainé ou les aînés qui ont pris préciput laissent aux puînés qui n'en ont pas eu tout le reste de la succes-

(1) *Cout. de Bretagne*, art. 541, 543, 548, 563, 564, 588, 589.

sion à partager entre eux. Le principe de l'indivisibilité du fief s'est maintenu à tel point que s'il n'y a qu'un fief dans la succession et point d'autres biens, l'aîné le prend à charge de provision du tiers à vie aux puînés. S'il n'y avait qu'un seul hébergement du manoir *roturier* aux champs, l'aîné ne pouvait l'avoir qu'en récompensant ses puînés. Il n'en était pas de même quand, à défaut de mâles, les femmes arrivaient à la succession. Les fiefs, qui étaient impartageables à l'égard des premiers, pouvaient se partager entre filles jusqu'à un huitième de fief de haubert si on ne pouvait faire autrement. Il y a là une transaction entre les anciens principes et les idées nouvelles, mais il est utile de constater une fois de plus combien l'unité du fief était restée enracinée dans l'esprit et dans les mœurs des habitants de la Normandie. Cette province a été pendant l'ancienne monarchie le pays d'élection du régime féodal. Il y a poussé ses racines les plus profondes, en même temps que ses frondaisons les plus riches et les mieux venues. Il y a conservé des rameaux, alors que dans les autres parties de la France il était tombé sous l'effort d'une organisation nouvelle.

### § III. — Le droit d'aînesse entre Sœurs

En général, le droit d'aînesse n'existait pas entre sœurs, on se réduisait à un simple préciput. « Si gentis hom n'a que filles, tout autretant panra l'une comme l'autre ; mais l'ainz née aura le hebergement en aavantage et i chesé s'il i est, et si il n'i est Vs de rante et garra aux autres en parage » (1). L'égalité des droits est donc la règle du partage des biens entre sœurs, sauf un léger prélèvement à l'aînée. Il n'y en a pas moins une espèce de droit d'aînesse, puisque la fille aînée représente ses sœurs en parage, mais nous sommes loin des droits accordés

(1) *Etabl. de Saint-Louis*, ch. 12.

au fils aîné chef parageur, qui garde, outre le manoir principal, les deux tiers des biens. L'égalité était complète en Angleterre. « *Parceners*, selon le cours de la commune loi, sont, lorsqu'un homme ou femme saisis de certaines terres ou tènements en *fee simple* ou en *taille*, n'a d'issues fors que filles, et dévie, et les tènements descendront aux issues, et les filles entreront en les terres ou tènements ainsi descendus à eux, et quanques filles elles sont, elles sont *parceners* et sont fors qu'un hoir à leur ancêtre, et elles sont appelées *parceners*, parce que par le bref qui est appelé bref de *participatione facienda*, la loi veut les contraindre que partition soit faite entre elles » (1). La fille tient sa part directement du chef seigneur. Dans les baronnies, cependant, l'aînée continuera de couvrir ses sœurs quant à l'hommage féodal, mais la garde et le mariage appartiennent au chef seigneur.

Certaines coutumes reconnaissaient pour les filles un véritable droit d'aînesse, droit aussi absolu que celui du fils. Dans le groupe de Touraine-Anjou (Maine-Lodunois) spécialement, la succession revient tout entière à la fille aînée, et les puînées ne peuvent réclamer que ce qui leur a été donné par contrat de mariage. Une vieille enquête, faite vers l'an 1340 et rapportée par Laurière, est curieuse à consulter : « Nous disomms que li usaige de Toraine et d'Anjou et del Maine sont tels, que quand filles à Barons sont mariées par père ou par mère ou par amis, et que elles ont en mariage de la terre au père ou à la mère, que elles ne puent, ni ne doibvent rappeler sur celles qui remeaient en saisine de toutes les autres chouses, c'est à sçavoir l'ainz née : et de ileques en avant, toutes les eschoites qui adviennent des Baronies, sont à l'ainz née et aux hoirs de l'ainz née : sans que les puisnées y puissent ne doibvent riens avoir. Car li usage de Toraine et d'Anjou et del Maine sont tels que *nule Baronnie ne se démembre*, ains revient tout temps à

(1) *Littelon*, Liv. III, § 241.

l'ainz née à tenir et à exploiter par raison d'ainz nesse, et ainsi par toutes les terres et par toutes les appartenances de cestes trois Baillies. » Et plus loin : « Derechef, nous disons qu'il est usage et coutume toute esprouvée entre frères, et entre frères et sœurs, que quand eschoites aviennent, puis qu'ils sont départéz, les eschoites viennent toutes au frère aîné, sans que les frères puisnez ni les sœursn'y puissent rien prendre si le frère aîné ne leur donne de sa volonté. Pourquoi nous requerrons que cet usage et coustume soit ainsi gardée entre les sœurs comme entre lesfrères » (1) Cette assimilation entre les frères et les sœurs est frappante, et elle persiste après la rédaction des coutumes. Mais ce groupe de coutumes occupe une place à part dans la législation par son caractère féodal et surtout nobiliaire.

Un autre groupe, dans le Nord, a maintenu précieusement l'unité de la seigneurie, et le droit d'aînesse y a gardé une prépondérance énorme. Il appartient à la fille aînée à défaut de mâles, avec la même étendue qu'au fils aîné. Dans les coutumes de Ponthieu, de Boulonois, la fille aînée, aussi bien que le fils, a tous les meubles, tous les immeubles féodaux ou cotiers propres ou d'acquêt, sauf réserve aux puînés d'un quint *viager* sans droit d'accroissement entre elles. Les coutumes d'Amiens et d'Artois donnent à l'aînée, comme au fils aîné, avec le principal manoir et ses dépendances, tous les fiefs propres ou d'acquêt en ligne directe, à charge du quint héréditaire aux puînés. Les coutumes de Péronne et de Chauny reproduisaient celles d'Amiens et d'Artois et reconnaissaient le droit d'aînesse de la fille, même entre roturiers. Elles lui donnaient outre le principal manoir et l'hébergement, les  $\frac{2}{3}$  ou la  $\frac{1}{2}$  des fiefs, suivant le nombre des puînés. Enfin, en Clermont-en-Beauvaisis, la fille aînée avait comme avantage le manoir, mais sans ses dépendances, ni d'autre part avantageuse dans la succession.

(1) Laurière : *Glossaire du Droit français*, V<sup>e</sup> Baronie.

Nous avons donc deux groupes de coutumes assez étendus, l'un dans l'Ouest et l'autre dans le Nord, reconnaissant le droit d'aînesse entre sœurs. Mais dans le reste de la France, la fille aînée ne jouissait d'aucun avantage. La comtesse Blanche de Champagne lui avait accordé une légère supériorité dans le partage du patrimoine de la famille en 1212. Cette faveur n'existe plus dans la coutume du xvi<sup>e</sup> siècle. L'Orléanais, l'Ile-de-France, Calais, le Vexin français, le Beauvaisis, la Champagne, le Vermandois, la Bourgogne, le Nivernais, le Bourbonnais, l'Auvergne, la Haute-Marche, le Berry, le Grand-Perche, la Normandie avec le pays de Caux, la Bretagne, admettent l'égalité entre sœurs. Le principe de l'indivisibilité du fief est oublié, le droit d'aînesse entre filles n'a plus sa raison d'être. « Autant aura l'une comme l'autre, et ne rachèteront pas parce qu'elles succèdent en droite ligne, » avait dit le Grand Coutumier (1). La coutume de Paris confirme sa décision. « Quand il n'y a que filles venans à succession directe ou collatérale, droit d'aînesse n'a lieu et partissent également ». (2)

#### § IV. — Le Droit d'aînesse en ligne collatérale.

Le privilège d'aînesse avait lieu aussi en ligne collatérale. Les Assises de Jérusalem décident qu'entre collatéraux du même degré le plus âgé doit être préféré aux puînés. Mais cette préférence est purement en faveur de l'âge de l'héritier. Peu importe qu'il appartienne à la branche aînée ou à la branche cadette. Le fils de l'ainé est exclu par celui du cadet, si celui-ci, est plus âgé que son cousin au moment de l'ouverture de la succession. Il est probable que les mêmes dispositions furent adoptées en France au début du régime féodal. La distinction de la branche aînée et des branches cadettes n'était pas faite, et

(1) *Grand Coutumier*, Liv. I, tit. 2, ch. 29.

(2) *Cout. de Paris*, art. 19.

le plus âgé était le plus apte à prendre le commandement du fief. Quoi qu'il en soit, au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, c'est bien l'ainé de la branche aînée qui succède. La représentation est admise au moins dans la ligne directe. Le fils du frère aîné succède à son oncle de préférence à ses autres oncles. Un arrêt de l'Echiquier de Normandie en 1235 en témoigne : « Il fu jugié que li fiz à l'ainz né frère aura la sesine son oncle qui morz est et pui fera à son oncle puisné ce que il devra. » (1)

Le droit d'ainesse, introduit en Bretagne d'une façon si absolue par l'Assise de Geffroi, s'appliquait aussi aux successions collatérales. Une ordonnance de Jehan II confirme ce fait : « Les echaites entre frères, ès choses nobles qui aviennent sont à l'ainé ». La Très ancienne coutume de Bretagne donne au principal héritier de chaque lignée, entre nobles, la succession venue d'un collatéral. « Le principal hoir de chacun ramaige du noble doit avoir tout l'échaite. » (2) Nous ne nous étonnerons pas de trouver les mêmes règles dans le groupe de Touraine-Anjou. Les descendants de l'ainé avaient seuls droit à la succession des puînés morts sans descendants. Les provinces du Nord et du Centre ne faisaient pas exception. « Toutes eschoites qui aviennent entre frères sont à l'ainz né », disent les Etablissements de Saint-Louis(3). Le Conseil de Pierre Desfontaines, qui sacrifie à regret le principe de l'indivisibilité au fief en ligne directe, est intraitable quand il s'agit d'une ligne collatérale. « Ce que l'en dit que fiez ne doit mie estre partiz en Vermandois, c'est voirs quant il escheit d'aucun del lignage. » (4)

La coutume de Beauvoisis et Beaumanoir surtout repoussaient le droit d'ainesse en ligne collatérale. A égalité de degré, les parents mâles étaient préférés aux femmes, mais ils partageaient la succession par parts égales. « Eu esqueance de costé n'a point

(1) *Arrêts de l'Echiquier*, p. 166.

(2) *Bretagne T. A. C* ch. 219.

(3) *Etabl. de Saint-Louis*, ch. 22.

(4) *Conseil*, ch. 34, n° 12.

d'ains necce, ains emporte autant li uns comme li autres; et va cascuns de se partie à l'ommage du seigneur. » (1)

Au xvi<sup>e</sup> siècle, le droit d'aînesse en ligne collatérale est rejeté par de nombreuses coutumes. Il ne se maintient guère que dans les groupes de province où les traditions féodales ont persisté. Les coutumes d'Artois et d'Amiens, celles de Péronne et de Chauby y soumettent tous les fiefs propres ou d'acquêt. Les deux premières y supprimaient même le quint héréditaire qu'elles réservent aux puînés en ligne directe. Dans celle de Ponthieu et de Boulenois, l'aîné de la branche aînée des collatéraux a tous les meubles et acquêts, et les propres venus de son côté et ligne. En Poitou, il a également toute la succession, et le droit est reconnu même entre roturiers pour les fiefs anciens. Enfin en Touraine, Anjou, Maine, Lodunois, l'aîné, et à défaut de mâles, l'aînée elle-même, prennent toute la succession en ligne collatérale.

Dans les autres provinces, les successions se partagent par parties égales. A égalité de degré, les mâles sont préférés aux femmes. En ligne collatérale, les héritages tenus et mouvants de fief, se partissent et divisent entre co-héritiers sans droit ni prérogative d'aînesse. C'est là le droit commun de la France.

## § V. — La représentation.

Le droit d'aînesse fut complété par le système de la représentation, qui permettait au petit-fils de venir à la succession de son aïeul, au lieu et place de son père. Cette fiction était absolument opposée à la tradition germanique. Les lois barbares ne la reconnaissent pas pour les alleux, et au début de la féodalité elle n'est pas davantage admise pour les fiefs. Les constitutions de Conrad et le Livre des Fiefs ne permettent aux petit-fils

(1) Beaumanoir : *Cout. de Beauvoisis*, ch. 14 n° 8.

de venir à la succession de leur aïeul à la place de leur père, que lorsqu'ils sont seuls appelés à succéder. Ils étaient donc exclus par leurs oncles ou grands-oncles. Nos anciens coutumiers français sont encore plus explicites, et repoussent expressément la représentation même en ligne directe, « le plus près prend ». Les lois de Baudoin préférèrent aux enfants du fils aîné l'oncle et même la tante, enfants du défunt. Les puînés sont également préférés par les Etablissements de Normandie : « Li enfant (du fils ou de la fille) n'auront pas l'éritage de leur aïel, ainz l'auront li autre enfant, jà soit ce que ils sont puisné que li pères à cez n'estoit quar li fill sont plus près de l'éritage leur père que li neveu. » Il n'en est pas de même pour la fille qui peut représenter sa mère. Les Etablissements ajoutent : « Il n'est pas des suers autresi comme desfrères, quar la fille vendra en l'éritage en lieu de sa mère » (1).

La représentation eut de la peine à s'introduire dans les coutumes. L'ancien coutumier de Champagne préférait aux enfants du fils prédécédé, les fils et même les filles de l'aïeul. L'ancienne coutume de Sens, celle d'Orléans, la rejetaient aussi. Les coutumes les plus favorables ne l'admettent que pour les alleux (Hainaut) ou pour les rotures (Tournay-Laon). Au <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècle, la coutume de Paris repoussait encore la représentation tant en ligne directe que collatérale : « Représentation n'a point de lieu en ligne collatérale ni directe, si ce n'est au cas que, au traité de mariage, que aucun ferait de sa fille, ou de son fils ou autre, fust expressement dit et accordé que ès enfans d'iceux fils estant d'icelui mariage, eut lieu représentation en succession de leur ayeul ou ayeule, père ou mère de leur père ou mère » (2). Cette décision nous montre une tentative de jurisprudence pour corriger la sévérité de l'ancien droit, et c'est en effet par des décisions judiciaires que la représentation finit

(1) *Etablis. de Normandie*, p. 24.

(2) Décision rapportée par Jean Desmares, avocat au Parlement, sous Charles VI. Voir Loisel : *Instit. coutumières*, Liv. II, tit. V, § 5.

par s'introduire dans certaines coutumes. Elle apparaît au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle en Normandie dans les arrêts de l'Echiquier : « Il fut jugié que li emfant à l'ainz né filz auront la sesine leur aïel par devant les entes (oncles) » (1). « Il fut jugié que se aucuns a filz et il marie l'ainz né, et cil ainz né meurt et il a un filz, la filz a l'ainz né aura de l'eritage son aïel ce que ses pères en eust se il vesquit » (2). Cette jurisprudence fut fort combattue. Elle n'avait pas complètement triomphé à l'époque de la rédaction du Grand Coutumier, et le système contraire avait encore ses partisans : « Et pour ce doibt len scavoir que l'ainz né filz est hoir de son père ; et tous les autres doivent être ses hoirs qui sont ainz nez en i celle mesme ligne de lignage ; jasoit ce que plusieurs soient à l'encontre de ceste coutume qui soulait estre anciennement gardée en Normandie, qui dient que la succession qui vient de père au filz, le nepveu ne doibt avoir l'heritage de son ayeul » (3).

La représentation finit par triompher. Elle fut admise par la coutume de Paris, en ligne directe pour tous les enfants et à l'infini. Les enfants de l'ainé furent admis à représenter leur père au droit d'ainesse. Ils partageaient le préciput entre eux avec droit d'ainesse entre mâles. Dans le groupe des coutumes de Touraine-Anjou, Maine-Lodunois et dans le Poitou, le droit d'ainesse avait conservé, nous l'avons vu, une rigueur extrême. La représentation y fut admise, mais seulement en faveur de l'ainé et du fils aîné de l'ainé. Celui-ci représentait son père en ligne directe à l'infini. Du reste, toutes les coutumes qui admettaient la représentation y introduisaient les règles féodales. La succession se régla comme elle aurait dû l'être dans l'ordre naturel des choses, si un anneau de la chaîne n'avait pas été brisé.

La représentation fut encore plus difficilement admise en ligne collatérale. Les coutumes de Touraine-Anjou et la coutume de

(1) Arrêt de 1236, p. 172.

(2) Arrêt de 1224. Voir aussi un autre arrêt de 1235, p. 147, 166. }

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, ch. 25 et 99.

Bretagne, dans lesquelles le droit d'ainesse avait un caractère d'omnipotence, complétèrent par ce système la forme rigoureuse de ce droit. La représentation en ligne collatérale fut reconnue en faveur de la branche aînée. La coutume de Normandie suivit cet exemple.

A l'époque de la rédaction des coutumes, le droit d'ainesse a trouvé sa forme définitive. Désormais, il ne fera que décliner. Dès le seizième siècle, il est vivement attaqué par un certain nombre de légistes. Dumoulin le déclare : « tam odiosa et restringenda, quam fratrum concordia et æqualitas, cui derogat, est favorabilis et amplianda » (1). Brodeau le critique dans les coutumes où l'ainé prend tous les fiefs. La Thaumassière adopte l'opinion de Dumoulin.

Cette influence se fit sentir dans la nouvelle rédaction des coutumes. La nouvelle coutume de Bretagne décide que les puînés succéderont désormais à titre de propriétaires, et non à celui d'usufruitiers. A Paris, l'indivisibilité du fief n'existe plus, sauf pour les fiefs de dignité. L'ainé prenait, dans ce cas, la totalité du fief et devait indemniser ses frères et sœurs. Les autres fiefs se partagent entre l'ainé et les puînés. Chacun d'eux est saisi de plein droit de sa part et les derniers n'ont pas à demander à leurs frères la délivrance de leur part. Enfin, la nouvelle coutume sanctionne l'abrogation du parage. Les puînés tiendront directement du seigneur et lui feront hommage.

Seul le groupe des coutumes de Touraine-Anjou maintint avec une rare énergie le vieux droit féodal. Dans la coutume réformée, les puînés mâles n'ont toujours que le tiers de la succession et en usufruit seulement. Les enfants des puînés ne succèdent pas aux propres, mais seulement aux meubles et aux acquêts. Les fonds de terre retournent à la branche aînée. Le fait le plus étrange dans ce maintien du vieux droit, c'est qu'il fut imposé par les gens du roi. La raison qu'ils en donnent

(1) Dumoulin : *Traité des Fiefs*, § 13, glos. I, n° 10, § 8, gl. III, n° 30.

est encore plus bizarre : c'est, disent-ils, pour conserver dans les coutumes une xemple de la succession à la couronne de France.

D'une façon générale, la représentation est admise par les nouvelles coutumes, seul un petit groupe de provinces du Nord la repousse complètement : « En matière de succession, représentation n'a lieu » dit l'article huit de la coutume de Ponthieu. Le Boulenois (1), l'Artois (2), le Hainaut (3), suivent la même règle.

Les contrées où elle existait déjà en ligne directe, l'admettent également en ligne collatérale. Ce sont : la Touraine, l'Anjou, le Maine, le Poitou, la Saintonge, le Grand-Perche, l'Auvergne, la Lorraine, la Bourgogne, la Bretagne. Enfin quelques coutumes de peu d'importance, celles de Senlis, de Clermont-en-Beauvoisis, de la ville de Blois, de l'échevinage de Lille, ne la permettent qu'en ligne directe.

On peut donc considérer la représentation comme universellement admise dans la France coutumière à l'époque de la seconde rédaction des coutumes. Elle était imposée par les sentiments d'équité, et par le développement de l'idée de famille. Au point de vue de l'équité, il paraissait souverainement injuste que la mort du père privât ses enfants, des avantages qui leur auraient été reconnus sans cela, que par un accident funeste ils fussent privés non seulement de leur père, mais des ressources nécessaires à leur entretien. Les coutumes donnant de plein droit au fils la saisine des biens de son père dont il était le continuateur, la personne prolongée dans l'avenir pour ainsi dire, n'était-il pas naturel que ce même fils représentât son père mort à la succession de son grand-père.

Au point de vue de la famille, de ses relations tant intérieures qu'extérieures, la branche aînée avait pris une importance prépondérante. L'orgueil de caste qui s'était greffé sur l'organi-

(1) *Cout. de Boulenois*, art. 76.

(2) *Cout. d'Artois*, art. 60 et 93.

(3) *Cout. de Hainaut*, ch. 77 art. 5.

sation primitive du fief avait fait de l'ainé des agnats le chef incontesté, le représentant de la famille. De lui relèvent toutes les questions qui regardaient la renommée, l'honneur de la famille. Il en avait le cri, le nom, les armes. Elle se ralliait autour de lui comme autour du drapeau.

Une pareille situation avait ses obligations. Plus que tout autre, l'ainé devait conserver intacts la gloire et l'honneur de la maison. Sa conduite devait être impeccable, et, par cela même qu'il était plus en vue, il lui était plus difficile de cacher ses fautes. Il en sortit une considération singulière pour la famille de l'ainé et de ses descendants, considération qui se retrouve partout où le droit d'aînesse a existé. Aux yeux des gens qui l'entourent, il semble que la branche aînée a conservé plus pur le sang de la race, que c'est chez elle que l'on doit trouver le plus généreux, le sang sacré de l'auteur qui l'a fondée. Pourquoi donc, le fils aîné venant à mourir, ne pas mettre en son lieu et place son propre fils à la succession de l'aïeul, dont plus que tout autre il continue la tradition sans tâche ?

On maintenait ainsi l'unité dans la famille, on évitait les rivalités d'influence. En faisant passer le droit d'aînesse de la tête du fils aîné mort avant son père sur la tête de son frère puîné, on créait par le fait deux branches aînées. La première branche, aînée par la nature, se continuait par les descendants du fils mort trop jeune. La seconde, branche aînée par la loi, n'aurait-elle pas été vis-à-vis de la première dans un état d'infériorité morale, dont la conséquence immédiate aurait été la jalousie, la désunion dans la famille ?

Complété par la représentation, le droit d'aînesse forme un système successoral très complet avec un caractère très précis. Il n'a pas pour but de régler la succession des individus, mais la succession des familles. Il est intimement lié à l'idée de famille dans son unité la plus haute, comme personnalité vivante qui se continue à travers les générations, et il a pour but son développement.

Nous avons étudié d'une façon générale le droit d'ainesse dans les coutumes. Nous y avons trouvé une assez grande variété de systèmes, et nous les avons analysés d'une façon rapide. Mais la computation de ce droit donnait lieu à un certain nombre de controverses qu'il sera profitable d'aborder. Nous pouvons ainsi fixer d'une manière plus précise ses limites. Nous le verrons fonctionner, en concours avec les autres droits qui peuvent naître de l'ouverture d'une succession, ou de dispositions entre vifs, et nous aurons ainsi une idée plus exacte de sa valeur matérielle et de sa valeur morale.

Le droit d'ainesse, nécessaire à la conservation de la famille, devait être protégé, aussi bien que la part des puînés, contre la volonté éphémère du père de famille. A ce titre, il constituait une sorte de légitime, et on l'a appelé *légitime féodale*. Plus avantageux que la légitime des puînés sous certains rapports, il l'était moins sous d'autres.

Et tout d'abord, tandis que les puînés ne pouvaient réclamer contre les dispositions de leurs auteurs que la moitié de la part qui leur serait revenue, le fils aîné avait droit à son droit d'ainesse tout entier. Si le droit d'ainesse était atteint par des legs, ceux-ci étaient réduits pour le parfaire, sans que l'on distinguât s'ils étaient faits à des puînés ou à des étrangers. A vrai dire, cette solution était contestée. Lebrun (1) n'accorde à l'aîné que la moitié de son droit d'ainesse, par analogie avec ce qui se passait pour les puînés. La raison n'était pas bonne, car le droit d'ainesse reposait sur une idée opposée à celle de la légitime ordinaire. Il représentait la part destinée à soutenir l'éclat et le nom de la famille. L'aîné ne succédait pas pour lui, il succédait comme chef de sa race.

La jurisprudence des arrêts était d'ailleurs contraire à l'opinion de Lebrun, et Pothier (2) proclame en termes formels le droit du fils aîné au paiement intégral du droit d'ainesse.

En revanche, la *légitime féodale* était moins favorisée que celle des puînés, en ce sens que les père et mère pouvaient, de l'avis général, amoindrir le droit de l'aîné par des dispositions entre vifs. Le droit d'ainesse, en effet, ne porte que sur les biens *qui se trouvent dans la succession*, et, par suite, ceux qui ont fait l'objet de donations entre vifs lui échappent. Mais il y avait

(1) Successions L. II, ch. II, sect. I §§ 19-20.

(2) Successions, ch. II, sect. I, art. II § 6.

ici à distinguer si les donations avaient été faites à des étrangers ou à des puînés. Dans le premier cas, la donation subsistait tout entière, sous réserve naturellement de la légitime de l'aîné comme héritier ordinaire ; dans le second, comme c'eût été un moyen trop facile de violer la loi, la donation était nulle. La question ne pouvait se présenter que si le puîné donataire renonçait à la succession en gardant le don qui lui avait été fait. Car sans cela il aurait dû rapporter l'objet de la donation à la succession, et le droit d'aînesse aurait pu s'exercer dessus sans entraves. Mais alors la donation était réductible dans la mesure nécessaire à l'acquittement du droit d'aînesse.

Cette opinion avait été adoptée par la Jurisprudence des Arrêts, contrairement à l'opinion de Dumoulin. Celui-ci, se fondant sur ce fait que les biens donnés aux puînés par acte entre vifs *ne se trouvaient pas dans la succession*, refusait toute réduction de la donation, à moins qu'il ne parût que cette donation eût été faite manifestement en fraude du droit d'aînesse. La Jurisprudence des Arrêts établit en cette matière une sorte de présomption, en somme fort justifiée par la réalité des faits.

L'aîné ne pouvait réclamer contre des étrangers que sa légitime ordinaire. Lebrun cependant, assimilant la *légitime féodale* à celle des puînés, autorisait l'aîné à réclamer contre des étrangers aussi bien que contre ses puînés, la moitié du droit d'aînesse. La Jurisprudence et Pothier étaient opposés avec raison à cette interprétation. Les expressions mêmes de la coutume de Paris s'y opposent. De plus, il ne faut pas se laisser abuser par le mot de *légitime féodale*. Le droit d'aînesse, par les biens sur lesquels il porte, par l'idée de famille sur laquelle il repose, se rapproche beaucoup plus de la *réserve coutumière* que de la *légitime*. L'assimilation des mots n'entraîne pas nécessairement l'assimilation des choses.

Pour hériter de son droit d'aînesse, l'aîné devait arriver à la succession. S'il en était exclu ou s'il renonçait à la succession, son droit d'aînesse passait au puîné, à moins qu'il n'eût reçu, par acte entre vifs, l'équivalent de son privilège. Il ne fallait pas, en effet, que la succession fût deux fois grevée du droit d'aînesse.

Quelques auteurs cependant, même dans le cas d'une renonciation gratuite de l'aîné, refusaient de faire passer sur la tête du puîné le privilège d'aînesse. Ils s'appuyaient sur l'article 310 de la coutume de Paris, qui décidait que « le droit et part de

l'enfant qui s'abstient et renonce à l'hérédité, accroît aux autres enfants héritiers, sans aucune prérogative d'aînesse de la portion qui accroît. » Pour ces auteurs, parmi lesquels il faut citer Lebrun, ces derniers mots visaient le cas où l'aîné renonce « et que la coutume n'a voulu dire autre chose, sinon que par cette renonciation la prérogative d'aînesse ne passait point au second fils. » Pothier fait observer avec raison que cette interprétation restreint arbitrairement le texte de l'article 310, qui s'exprime en termes absolument généraux. L'interprétation la plus générale était que la part de l'enfant renonçant se partageait, sans qu'il y ait lieu pour l'aîné d'exercer son droit d'aînesse sur cette part. »

Cette décision était une dérogation au principe du droit d'accroissement ou plutôt de non décroissement, qui voulait que celui qui renonce fût censé n'avoir jamais été héritier, et que sa part profitât à ceux auxquels eût nui son acceptation. Elle avait une grande importance dans les coutumes où le droit d'aînesse variait avec le nombre des enfants, comme celles de Paris, d'Orléans, etc. Si, par exemple, dans la coutume de Paris, il y a trois enfants dont un renonçant, le droit d'aînesse sera des deux tiers ou de la moitié seulement, selon que l'on comptera le renonçant ou qu'on ne le comptera pas. L'article 310 de la coutume de Paris contenait donc une véritable faveur aux puînés.

Il ne date du reste que de la réformation de cette coutume. Auparavant, Dumoulin décidait que l'enfant renonçant ne devait pas être compté, et que, par suite, le droit d'aînesse devait s'exercer sur sa part. Il s'appuyait sur l'article 15 de la coutume de Paris de cette époque et sur l'article 16, qui employaient l'un et l'autre les expressions d'« enfants *venant à la succession* ». L'enfant renonçant ne venait pas à la succession, par suite il ne devait pas compter dans la computation de la légitime.

Nous avons vu dans le cours de cette étude le droit d'aînesse entrer en conflit avec la légitime des puînés et lui être sacrifié. Il pouvait arriver que les biens formant le surplus de la succession, le manoir et le vol du chapon mis à part, fussent insuffisants pour parfaire la légitime des puînés. Il y avait lieu à réduction du droit d'aînesse, et le seul avantage reconnu à l'aîné par la coutume de Paris dans son article 17, était de payer à ses frères leur part en argent pour éviter le démembrement du manoir.

Il y avait là encore une dérogation au principe de la légitime en faveur des puînés. La légitime avait pour but de garantir les enfants contre les dispositions entre vifs abusives de la part de leurs auteurs, et nous ne sommes évidemment pas dans ce cas. C'est là le résultat d'une tendance générale de la part des juristes à augmenter le plus possible la part des puînés au détriment de l'ainé. Ils cherchent à faire prévaloir ce qu'ils appellent la *loi naturelle*. L'article 96 de la coutume d'Orléans contient une disposition semblable, et n'accorde à l'ainé que sa part avantageuse : c'est quand il n'y a pas d'autres immeubles que le manoir et le vol du chapon dans la succession. Il permet également à l'ainé de payer en argent la part des puînés.

Un second cas pouvait se présenter où le droit d'ainesse était entamé par la légitime des puînés. Des donations de biens de roture pouvaient avoir diminué la succession au point de ne pas permettre aux puînés de trouver leur légitime dans ceux qui restaient, tout en leur permettant de la trouver dans l'ensemble de la succession. Le droit d'ainesse ne portant pas sur les biens de roture, l'ainé ne pouvait prétendre contre les étrangers donataires que sa légitime comme héritier ordinaire, et la succession était suffisante pour la lui fournir. Les puînés devaient donc se retourner contre leur frère aîné, et obtenir ainsi sur son préciput la part qui leur était due.

Le troisième cas qui se présentait et que nous avons vu plus haut, était celui où les dettes absorbaient une partie de la succession. L'ainé n'étant tenu que pour sa part héréditaire, non pour son préciput, les dettes pouvaient ne laisser libres que le manoir et une part d'immeubles insuffisante à fournir la légitime des puînés. C'était sur le préciput de l'ainé que devait être poursuivie cette légitime.

Ces décisions, consacrées par les Coutumes et la Jurisprudence, nous montrent quel chemin a parcouru le droit d'ainesse, quelle chute il a subie. Après avoir tout absorbé, n'avoir laissé aux puînés qu'une *pension alimentaire*, il a dû leur reconnaître une part héréditaire, et dans les coutumes il est sacrifié toutes les fois qu'il entre en conflit avec le droit des puînés. Sous l'influence des légistes, la loi naturelle l'emporte sur la loi coutumière et mutile le droit d'ainesse en attendant qu'elle le supprime.

Pour nous, cette idée n'est pas nouvelle. Nous l'avons trouvée dans les législations anciennes, en Asie, en Grèce, à Rome, en Germanie. Elle s'est développée au Moyen âge par la transformation du fief en propriété privée, et avec elle, le droit d'aînesse a changé de principe. Nous avons suivi ce droit dans son développement. Il a été d'abord loi de succession au fief avec son caractère spécial, il est devenu droit de famille, simple préciput accordé à l'aîné pour maintenir l'unité et la grandeur de la maison. Il a évidemment perdu beaucoup de son importance sociale, mais cette transformation lui a été imposée par le progrès des idées, par le progrès de la puissance royale, par la disparition des conditions qui l'avaient produit. Cette évolution est achevée au xvi<sup>e</sup> siècle. Le droit d'aînesse a atteint sa forme complète. Il la gardera, au moins en principe, jusqu'à la fin de la monarchie. L'orgueil de caste se développant à outrance cherchera par des pratiques diverses, par les substitutions, à l'exagérer encore, mais c'est la volonté de l'individu, non la loi qui participera à ces œuvres. Nous n'avons pas à entrer dans le système de ces modifications, ni à juger les attaques dont le droit d'aînesse a été l'objet pendant les trois derniers siècles de la monarchie. Il dort dans le passé, dans l'histoire de la France coutumière, et personne ne songe à le faire renaître de ses cendres. Pour achever cette étude, il nous suffira de voir ce qu'il a été dans les pays de droit écrit et dans les pays étrangers.

Avant d'aborder cette dernière partie de notre sujet, il sera cependant intéressant d'indiquer d'un trait rapide à quelles conséquences désastreuses avait abouti l'exagération de cet orgueil de caste, et quelle influence le système des substitutions a eue sur la disparition du droit d'aînesse.

Les substitutions, qui viennent du droit romain, avaient subi une éclipse pendant la période franque. Elles reparurent avec la féodalité pour se combiner avec le droit d'aînesse et augmenter encore le privilège déjà exorbitant de l'aîné. Mais c'est

surtout à dater du xvi<sup>e</sup> siècle qu'elles prirent une importance énorme au point de troubler le développement économique du pays. Quelques coutumes les prohibèrent, l'Auvergne, le Bourbonnais, le Nivernais. En Normandie, la jurisprudence avait admis la même solution. En Bretagne, il fallait un enregistrement du Parlement qui le refusa presque toujours. Dans les autres coutumes, le nombre des substitutions permises était variable tant dans les textes que dans l'interprétation.

La substitution a pour effet de rendre inaliénables entre les mains de leur propriétaire les biens sur lesquels elle porte. Elle a pour objet de forcer l'héritier institué à restituer à un tiers, soit à une époque déterminée, soit à la mort du fiduciaire, les biens qui lui ont été donnés ou légués. Dans le genre de substitution qui nous occupe, ce tiers est toujours le fils aîné de la famille, et cette substitution ne s'arrête pas au premier degré, mais au contraire s'étend à l'infini, comprenant une succession de substitutions postérieures. Le vieux principe qui unit la fortune au culte, le patrimoine à la famille, arrive à un degré d'exagération inconnu, à l'impossibilité absolue de disposer des biens, à la mise hors du commerce de ces biens. Ils n'appartiennent pas au propriétaire, ou plutôt ils ne lui appartiennent qu'à charge de les transmettre à un autre héritier, à l'aîné de la famille. Il est tenu de les garder dans ses mains puisqu'il doit les restituer, et les droits qu'il confère sur eux s'anéantissent avec lui. Il est facile de voir quelles entraves de pareilles dispositions devaient apporter à la circulation des biens, et de quelles incertitudes devait être accompagnée toute transmission de propriété, dans un système de législation où la publicité n'existait pas, et où toute substitution pouvait être ignorée.

Aussi les plaintes furent nombreuses, et dès le xvi<sup>e</sup> siècle on s'occupa de les restreindre. L'ordonnance de 1560, due au chancelier de l'Hôpital, réduisit pour l'avenir les substitutions à deux degrés, l'institution non comprise. L'ordonnance de Moulin, statuant sur les substitutions antérieures, les réduisit toutes à

quatre degrés. D'autres ordonnances s'efforcèrent de les restreindre, et cherchèrent surtout à assurer leur publicité. La question fut définitivement réglée par l'ordonnance de 1747 qui les limita à deux degrés.

Mais à mesure que les efforts de la jurisprudence venaient combattre leurs effets fâcheux, le développement de l'orgueil de caste, et la racine de la noblesse leur donnait une nouvelle vigueur. Les substitutions étaient limitées, mais la volonté tenace des seigneurs les renouvelait sans cesse. A la fin de l'ancien Régime, elles avaient pour ainsi dire absorbé le droit d'aînesse. Elles l'avaient dénaturé. Le droit d'aînesse qui avait eu autrefois sa place naturelle dans l'organisme social, s'était outré démesurément, avait attiré à lui toutes les forces vives de l'être, s'était hypertrophié au point d'enrayer le mécanisme tout entier. Il disparut avec les substitutions sous la condamnation unanime des jurisconsultes et des philosophes, et leur chute fut définitive.

## CHAPITRE III

### LE DROIT D'AINESSE EN DEHORS DE LA FRANCE COUTUMIÈRE

#### *SECTION PREMIÈRE*

#### DANS LE MIDI

#### § I. — Le Languedoc.

Le Midi, plus pénétré que le Nord de la tradition romaine, et plus éloigné de la Germanie, n'a pas connu une organisation aussi rigoureuse de la féodalité. Les liens qui existaient entre le seigneur et le vassal y furent beaucoup plus laches. Le fief n'y eut jamais à un pareil degré le caractère d'association militaire.

Les alleux s'y étaient conservés en grand nombre, et le fief y resta avant tout une propriété privée. Par suite, il restait soumis aux règles ordinaires de succession. Tandis que dans le Nord son unité, son indivisibilité étaient le principe fondamental de l'organisation sociale, il resta essentiellement partageable dans le Midi, comme toute autre propriété. Et on peut dire que, pour les petites seigneuries et les tenures en chevalerie, il n'y eut jamais de droit d'ainesse.

Mais il était plus difficile de considérer les grands fiefs comme de simples propriétés, et de ne pas faire intervenir dans l'administration de ces vastes comtés l'idée de souveraineté poli-

tique, de pouvoir central. Ces sentiments devaient être surtout vivaces dans un pays où subsistaient les souvenirs de l'empire romain, où les communes avaient conservé leur indépendance. Aussi, les grands seigneurs du Midi ne tardèrent pas à suivre l'exemple que leur donnaient les hauts barons du Nord, et à laisser à un seul de leurs fils la totalité ou au moins la plus grande part de leurs domaines. Ce fut au fils aîné, au moins en règle générale, que revint l'avantage. Dès 918, Eudes, comte de Toulouse, laisse en mourant à son fils Raimond, le comté de Toulouse, et à son fils Ermangaud seulement celui de Rouergue. Le reste de la succession resta indivise entre les deux. En 950, Raymond Pons, comte de Toulouse, laisse en mourant trois fils. Guillaume Taillefer, l'aîné prit le comté de Toulouse et la plupart de ses domaines, le second, Pons, n'eut que l'Albigeois.

A Carcassonne, Arnaud, premier comte de la maison de Comminges, laisse en mourant (950), à son fils aîné Roger, la plus grande partie de ses biens, et celui-ci avantagea de même son fils aîné Raymond I<sup>er</sup>, pour assurer l'unité de ses états. Il est vrai qu'au milieu du x<sup>e</sup> siècle nous trouvons à la fois jusqu'à cinq comtes de Carcassonne. Le comté est usurpé en 1083 par Bernard Aton, vicomte de Nîmes, qui à sa mort, en 1129, divise ses états par part égale entre ses trois fils, dont l'aîné Roger meurt, ce qui donne lieu à un nouveau partage, d'où sortent les deux maisons désormais distinctes de Nîmes et de Béziers. Le vicomte de Béziers laisse tous ses domaines à son fils aîné, Roger II. Le droit d'aînesse est établi.

Dans le Besalu, comté de la Marche d'Espagne, dès 1020, le comte Bernard assure à son fils aîné, Guillaume, la possession de tous ses domaines. A Narbonne, en 966, le fils aîné reçoit toute la Seigneurie, le cadet, destiné à l'Eglise, reçoit provisoirement quelques terres qu'il doit remettre à son entrée dans les ordres. A la fin du x<sup>e</sup> siècle, Raymond de Saint Gilles, représentant de la branche de Rouergue, succède à son frère,

le comte de Toulouse, au détriment de sa nièce Philippie, épouse de Guillaume IX, duc d'Aquitaine. Le droit d'aînesse s'établit. Bertrand, une fois en Orient, laisse son jeune frère Alphonse Jourdain, posséder leurs états d'Europe, et les domaines de la famille de Toulouse passent tout entiers d'Alphonse I<sup>er</sup> à Raymond V, de Raymond V à Raymond VI, et pourtant ces princes avaient d'autres enfants mâles.

Dès la fin du douzième siècle, le droit d'aînesse est devenu règle de dévolution de tous les grands fiefs du Midi. Le testament de Guillaume VII, seigneur de Montpellier en 1172, appelle à lui succéder : ses fils par ordre de primogéniture et leurs descendants mâles, son frère et ses héritiers mâles, ses filles et leur descendance mâle, enfin son neveu fils de sa sœur. En 1196, Hugues, comte de Rodez, donne tous ses domaines à Hugues, son fils aîné, et ne laisse au cadet, Gilbert, que quelques terres au delà du Tarn. Encore doit-il les tenir en fief de son frère.

Le droit d'aînesse ne fut pas aussi facilement reconnu pour les fiefs de moindre importance, et d'une façon générale ils restèrent soumis à la loi du partage égal entre les fils. Il semble cependant que l'intérêt du seigneur suzerain fit respecter davantage le principe de l'unité du fief par les vassaux militaires. Pour ceux-ci, le droit d'aînesse s'introduisit par les chartes et par les conditions imposées dans les actes de concession. Raymond I<sup>er</sup>, marquis de Gothie, décide dans son testament que les fiefs par lui donnés à ses vassaux passeront à leurs fils, à moins qu'ils ne meurent sans descendants légitimes, auquel cas le fief retournera au seigneur suzerain ou à ses héritiers. Dans ce testament, le mot *filius* est presque toujours employé au singulier lorsqu'il s'agit d'un vassal appelé à la succession du fief paternel. « Illo alode de Valencio Ademario vicecomite Tolosano remaneat, in tali vera ratione ut eleemosyna mea adfirmet, et si filium habeat de muliere qui hereditatem hereditare debeat... Illo alode de Gordenense Aimeryco remaneat et Geraldo filio

suo et ad filias Gerald... Et teneat ipsa ecclesia de sancto simplicio Stephanus et filius suus a feo dummodo vivant. » (1).

Cette condition est formellement exprimée dans la charte de concession de la viguerie de Montpellier, en 1103. « Sicut in hac carta scriptum est, ego Willelmus (dominus Montispessulani) dono ad feodum ad totos honores cum hac carta, omnes has suprascripturas donationes, tibi Raimundo et Bernardo Willelmi fratri tuo, et uxori suæ, et infantibus suis, sicut ipse Bernardus eis dividerit. Solummodo unus de filiis suis habeat vicariam cum castello. Quo mortuo sine legitimis infantibus, habeat vicariam cum castello ille, vel illa, cui Bernadus dividerit ». (2) Le concessionnaire a donc l'obligation de laisser le fief principal à un seul de ses enfants, mâle ou femelle, mais c'est à lui qu'appartient le droit de le désigner. L'importance qu'a conservée le testament dans le pays de droit écrit est remarquable. Le droit d'aînesse a commencé de la même façon dans le Nord. Généralement, la charte du fief laissait au père la faculté de désigner son successeur, mais ce droit disparut bientôt sous l'influence de la coutume. Dans le Midi, il existe encore au <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle. Le vieux principe de l'institution d'héritiers, si cher au droit romain, avait pénétré les mœurs de ces populations, et aujourd'hui encore, malgré les efforts du Code civil, malgré les idées nouvelles, il est en pleine vigueur. L'habitude d'avantager l'aîné de la famille, de *faire un aîné*, selon l'expression populaire, y est générale. On peut dire que l'usage du testament y a maintenu le droit d'aînesse.

La plus grande partie des petits fiefs, surtout ceux qui provenaient d'anciens alleux, restaient soumis au partage égal. Comme d'un autre côté la division du fief et des droits particuliers qu'il comportait, présentaient de grands inconvénients pratiques, on s'efforça de maintenir au fief une certaine unité. De là l'habitude de ces co-seigneuries qui furent fort nombreuses

(1) D. Vaissette : *Hist. du Languedoc*, T. II, Preuves dipl. 97.

(2) Brussel : *Traité des Fiefs*, L. I. ch. 7.

dans le Languedoc. Le fief restait indivis entre les co-héritiers. Ce système paraît avoir été usité dans des fiefs d'une certaine importance, comme les vicomtés de Saint-Antonin-en-Rouergue, le château de Dourgues, place importante de l'Albigeois, le fief de Caderousse en Venaissin, qui était divisé en vingt-quatre parts égales. Certaines seigneuries furent également possédées en commun par des chevaliers, des *milites*, principalement dans l'Albigeois.

Ces co-seigneuries étaient de véritables associations et donnaient lieu à des droits et à des devoirs réciproques. Les co-seigneurs se devaient fidélité, amitié et aide envers et contre tous. Ils n'ont pas le droit de se faire la guerre, et si l'un d'eux prend les armes, le suzerain intervient pour faire respecter les conventions. Celui-ci peut également les empêcher de construire des forteresses sans l'assentiment de leurs *parierii*. La nomination du châtelain ne peut se faire que du consentement des co-seigneurs. La vente faite par l'un d'eux de sa part, n'est valable qu'après un certain temps, pour laisser aux autres co-seigneurs la faculté de l'acheter pour eux-mêmes. Le co-seigneur, pour obtenir satisfaction d'une injure à lui faite par les vassaux de son co-seigneur, doit s'adresser à lui, et s'il refuse, au suzerain. En cas de contravention à l'une de ces règles, il doit rendre compte de sa conduite *in omni curia*, et la peine de la confiscation de sa part est prononcée s'il est coupable.

Le parage ne paraît pas avoir existé ouvertement dans le Midi. Cependant la charte de la seigneurie de Montpellier, que nous avons citée, en partie, présente une forme de succession qui se rapproche beaucoup du parage, surtout tel que nous le trouvons dans Beaumanoir. D'après cette charte, celui qui a la viguerie et le châtelet doit faire l'hommage au seigneur suzerain pour tout le fief, et en retour ceux qui auront des portions du fief feront hommage à celui qui a la viguerie. « Et ille, vel illa, qui castellum et vicariam habuerit, faciat hominum domino Montispessulani, et juret ei castellum, et vitam, et membra,

et totum honorem suum. Alii omnes filii Bernardi Willelmi qui de honore Montispessulani habuerint, faciant ei hominum » (1). Il semble bien que celui qui a été établi par son père comme aîné représente ses frères à l'égard du seigneur. Ce possesseur du château reporte en quelque sorte en fief au seigneur de Montpellier toutes les portions de ses frères et sœurs, en même temps qu'il lui fait hommage pour le châtelet, chef-lieu de toutes les choses attachées au fief de la viguerie. C'est incontestablement une forme de parage. Du reste, la co-seigneurie et l'association de guerriers, de *milites*, peuvent bien passer pour un parage d'une nature spéciale. Le châtelain que les co-seigneurs avaient nommé devait être plus ou moins leur représentant auprès du suzerain. Mais nous sommes évidemment loin de la forme si précise et si nettement définie que le parage avait revêtue dans le Nord.

Le droit d'aînesse n'exista jamais pour les femmes. Mais pendant longtemps elles succédèrent aux fiefs aussi bien que les mâles et en disposèrent selon leur bon plaisir. Ce système, qui introduisait des étrangers dans le gouvernement des fiefs du pays, présentait de graves inconvénients. A l'exemple de ce qui se passait dans le Nord, les femmes ne furent plus admises qu'à défaut de mâles. Nous avons vu, à la fin du <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle, Raymond de Saint-Gilles écarter de la succession de son frère sa nièce Philippie. D'autres exemples se présentent pendant le <sup>xii</sup><sup>e</sup>. En 1200, Jourdain de l'Isle, décide, avec le consentement de son suzerain, le comte de Toulouse, qu'à l'avenir ni femme ni fille n'auront droit à une portion de ses domaines et qu'on les dotera en argent.

Même en Languedoc le droit d'aînesse finit par prendre de l'importance et s'y établir. La conquête de l'Albigeois, par Simon de Montfort, y introduisit la coutume parisienne, et maintes seigneuries suivirent la loi de l'aînesse. Les coutumes

(1) Brussel : *Traité des Fiefs*, L. I, ch. 7.

de Gascogne adoptèrent également le droit d'aînesse combiné avec le privilège de masculinité. Il n'eut lieu toutefois que pour les biens nobles.

## § II. — Région pyrénéenne

Le Béarn présente une législation à part entre les autres pays du Midi. Le droit d'aînesse y existe au <sup>x</sup><sup>e</sup> siècle, et il semble bien que ce n'est pas là un droit d'importation, mais qui remonte au contraire à la plus haute antiquité. Les fors de Béarn admettent le droit d'aînesse combiné avec le principe de masculinité. Le fils aîné succède aux biens nobles ; à défaut de fils, la fille. Le droit de masculinité n'est pas absolu. S'il n'y a de fils que d'un second mariage, la fille née du premier, succède de préférence à lui. « Es costuma en Bearn que filha succedeins en gentilessa quant no hy a infant mascle ; et si deu second matrimoni y have filh mascle la filha deu prumer matrimoni succedire en la gentilessa qui sera en Bearn, pausat que lo pay en son testament agos testat que le fillh deu second matrimoni fos hereter, et que agos laxat part a la filha » (1). Le For général que nous venons de citer régit tout le pays de Béarn, à l'exception de la partie qui touche au pays Basque. Il est confirmé par le nouveau For d'Henri II, rédigé en 1551, qui s'en rapporte aux anciens usages en ce qui concerne les successions. (2)

Le droit d'aînesse a, dans ce pays, une origine très lointaine, et je suis même porté à considérer la disposition des Fors comme une dégénérescence du droit d'aînesse primitif. D'après l'article 3 au titre des successions du For d'Henri II, il semble que le droit d'aînesse était beaucoup plus absolu pour les biens roturiers que pour les biens nobles. L'article 3 étend aux biens

(1) Fors de Béarn. art. 274.

(2) Consulter à ce sujet le livre de M. Crouzet : *La Famille dans les pays basques*.

roturiers le droit d'aînesse et de masculinité, qui existait depuis longtemps pour les autres, et réserve la position des filles aînées déjà mariées dans leur maison natale sous l'empire des anciens usages. Il ne portera que sur leurs enfants. La conclusion qui s'impose est que le droit d'aînesse sans préférence de sexe était antérieurement observé dans les campagnes. Nous retrouvons cette disposition existant dans les pays Basques, non seulement pour les biens roturiers, mais pour les biens nobles. Il n'y est pas question de droit de masculinité. Si l'on tient compte de la parenté des races, de la similitude de mœurs qui existent entre les Béarnais et les Basques, on doit admettre que le privilège de masculinité est chez les premiers un produit de la féodalité.

Les Basques retirés dans leurs montagnes ont échappé plus facilement à l'influence des principes féodaux. De plus, le Béarn, pays plat, au bord de la mer, traversé par des cours importants, l'Adour, par exemple, qui étaient des routes toutes tracées pour y pénétrer, s'est trouvé complètement ouvert aux invasions Normandes, et ces pirates n'ont pas manqué d'y faire rage. Le For d'Oleron témoigne des privilèges accordés par Centule aux familles qui viendraient s'établir dans cette ville et repeupler le pays dévasté par les Normands. Ce sont là les conditions qui ont été si favorables au développement de la féodalité dans le reste de la France. Les Béarnais ont dû se réunir, se grouper sous le commandement des principaux d'entre eux pour opposer une résistance vigoureuse. Le fief est né avec son caractère d'association guerrière. La prépondérance du mâle en est sortie. Le droit d'aînesse primitif, qui appartenait au premier né, homme ou femme, a passé entre les mains du fils, et ce n'est qu'à son défaut qu'il est revenu à la fille. Cette idée est encore confirmée par la règle de l'article 274 des anciens Fors. La fille n'est privée par le fils qu'autant que celui-ci est du même lit ou d'un lit antérieur. La fille née du premier lit succède de préférence au fils né d'un second. Il n'y

a pas une coutume dans le nord de la France, qui consacre une pareille faveur pour la fille.

Une partie du Béarn qui confinait au pays Basque et qui avait échappé davantage aux conditions féodales, les vallées de Barèges et de Lavedan du côté de Bigorre, était restée plus fidèle aux usages basques. Le droit d'aînesse appartient au premier né de la famille sans distinction de sexe, et comme nous l'avons dit, tout le pays Basque reconnaît cette règle. « Le premier né du mariage, soit mâle ou femelle, est héritier de toutes sortes de biens, de quelle nature qu'ils soient, de souche et avitins, c'est-à-dire sans aucune différence, possédés par les pères et mères, aïeuls, et aïeules ou autres, en ligne supérieure et ascendante » dit l'article 1<sup>er</sup> de la coutume de Barèges. Chaque personne n'a qu'un héritier pris parmi ses descendants, ses ascendants, ou les collatéraux de sa maison, si elle n'a pas de postérité. Cet héritier recueille tout, sauf les propres qui ne sont pas de son côté et qui retournent toujours du côté d'où ils viennent. C'est le droit d'aînesse le plus absolu qui fût jamais. Il ne distingue ni sexe ni personne (noble ou non), ni biens (meubles ou immeubles, propres ou acquêts). Il s'étend en ligne directe et en ligne collatérale aux parents à tous les degrés et à leurs descendants qui représentent à l'infini.

Ce droit d'aînesse absolu correspond à une organisation de la famille plus rigoureuse encore. Les biens n'appartiennent pas à l'individu, mais à la famille. Les biens ne peuvent être aliénés qu'en cas de nécessité urgente et avec le consentement de l'aîné ou du plus prochain qui doit succéder. Les propres se transmettent aux héritiers du sang, sans être grévés de dettes qui pourraient les amoindrir, à moins qu'elles n'aient été contractées pour les besoins de la maison. Ce sont presque les effets de la substitution. Non seulement, les biens ne doivent pas sortir de la famille, mais ils doivent être administrés avec intelligence et économie. Aussi, les prodigues, les fous, les imbéciles, les idiots, sont exclus des successions coutumières; et même, à

Barèges, les impuissants et les prêtres qui ne peuvent perpétuer la famille. Jamais nous n'avons trouvé une organisation aussi inexorable de la famille.

C'est aux aînés que reviennent toute la fortune et tous les honneurs. Les chefs de maisons, mâles ou femelles, se distinguent par une particularité de costume. Ils ont certaines préséances dans les cérémonies publiques, notamment à l'église. Les filles aînées transmettent les droits qu'elles ne peuvent exercer elles-mêmes. La magistrature est dans la Soule le patrimoine de certaines familles nobles dont « les sieurs ou damoiselles » sont juges nés. La mère noble fait passer sa judicature sur la tête de son fils, et la femme noble l'assure à son mari.

En revanche, le sort des cadets n'est pas brillant. Les père et mère et leurs proches parents leur fixent un petit apanage qui avant tout ne doit pas préjudicier à l'aîné. Ils n'ont rien à demander au delà. Ils doivent rester dans la famille, y travailler et y servir. Dans la Soule, les cadets ou cadettes ne peuvent demander à leur aîné la dot qu'il leur doit sur les biens de ligne, s'ils ne servent dans la maison ou ailleurs à sa volonté. De même dans le Labourt. A Barèges, les puînés sont appelés « esclaves » et le mot est juste. En réalité, ce sont des domestiques sans gages dans leur propre maison.

## SECTION II

### LES PAYS ÉTRANGERS

#### § I. — L'Angleterre

La féodalité passa en Angleterre avec les Normands de Guillaume-le-Conquérant. Le droit d'ainesse y devint alors la

loi de succession aux fiefs. Il remplaça pour ces biens l'ancienne coutume saxonne du partage égal, qui ne subsista que pour les roturiers, et dans certaines contrées de la Grande-Bretagne.

Le droit normand servit naturellement de base et de modèle au droit anglais. La première règle de la succession aux fiefs, est l'exclusion des femmes par les mâles. Dans une organisation militaire comme la féodalité, organisation plus rigoureuse encore dans un pays où le conquérant est entouré d'ennemis et a besoin de toute sa vigilance et de toute sa force pour les combattre, la femme, impropre au service des armes, est incapable de prendre sa part dans cette association guerrière, le fief. Même en concours avec de simples collatéraux mâles, la fille leur était sacrifiée à l'origine de la féodalité, et ce cas a dû se présenter souvent en Angleterre au début de la conquête. Cette infériorité extrême disparut bientôt d'ailleurs, et les femmes furent exclues par les mâles, mais à égalité de degré seulement.

Entre les fils du défunt, la préférence est toujours accordée à l'ainé dans les tenures à titre de chevalerie. Au temps de Glanville, le droit d'ainesse est réservée à ces fiefs. Plus tard sous Henri III, il s'étendit aux fiefs non nobles, aux tenures en *socage*. Ce sont les règles de la coutume de Normandie qui gouvernent ces successions, il est donc inutile d'y revenir.

Il en est de même pour les femmes. Quand le possesseur de tenures en chevalerie ne laisse que des filles, elles se partagent également entre elles l'hérédité. L'ainée a droit seulement au principal manoir (*capitale mesuagium*). Du reste, le fief ne se divise pas à l'égard du seigneur. Le mari de la fille aînée prête l'hommage à la place de sa femme pour toute la tenure, et les maris des plus jeunes sœurs s'acquittent de leurs devoirs et services par l'intermédiaire du mari de l'ainée. Nous avons vu la même règle en France et surtout en Normandie. C'est le principe du *parage* qui apparaît ; on appelle *parcenage* ce mode de succession des filles.

Le droit d'aînesse ne tarda pas à s'étendre. Nous l'avons vu au temps de Glanville réservé aux tenures de chevalerie. Pour les tenures en socage, l'aîné a seulement droit au *primum feudum*, à la charge d'indemniser ses frères, ou de leur laisser prélever une valeur égale sur les autres biens. Avec Bracton, le droit d'aînesse s'applique aussi bien aux tenures en socage, qu'aux tenures en chevalerie. Bracton pose la règle de primogéniture en termes généraux : *jus descendit ad primogenitum*.

Le fief commence à entrer dans le patrimoine, et une corrélation étroite s'établit entre l'idée de patrimoine et celle de famille. La fortune est affectée à la puissance et à la grandeur de la famille. Il ne faut pas que les biens passent dans une famille étrangère. Aussi voyons-nous apparaître la règle du *sang entier*, « *del autire sank* » comme dit Littleton. En ligne collatérale, les Germains succèdent de préférence aux consanguins ou aux utérins. Et cette idée devient si forte qu'elle l'emporte sur le vieux principe de masculinité si cher aux races germaniques. Bracton cite l'exemple d'un homme qui a eu de sa femme un fils et une fille, et d'une seconde femme également un fils et une fille. Si le fils né du second mariage meurt sans enfants, ses biens vont à sa sœur germaine à l'exclusion de son frère consanguin (1). La Fleta et Britton professent la même opinion (2).

Le droit d'aînesse a gardé en Angleterre son caractère primitif. Il n'est pas dégénéré comme en France en un simple préciput. Le fief est toujours indivisible et appartient à l'aîné. Seules les successions dévolues aux femmes se fractionnent.

Le droit d'aînesse a été complété en Angleterre, comme en France, par la représentation. Nous la voyons apparaître au temps de Glanville. Celui-ci ne l'admet pas encore, et, comme dans le droit Normand, il fait succéder l'oncle de préférence au

(1) Bracton, f° 65.

(2) La Fleta, Liv. VI, cap. 2. — Brisson, ch. 119.

neveu. Il y a cependant une tendance à la reconnaître au moins en ligne directe. Si le père prédécédé avait été admis du vivant du *de cuius* à faire hommage au Seigneur, le petit-fils avait le droit de représenter son père à la succession de son aïeul. La représentation est admise sous Henri III par un décret. Elle a lieu en ligne directe descendante à l'infini.

Comme nous l'avons remarqué à propos des assises de Jérusalem, le droit d'aînesse, importé par la conquête normande en Angleterre, s'y est maintenu beaucoup plus longtemps qu'en France, et y a conservé mieux que partout ailleurs son caractère primitif. Il s'est étendu bien davantage et a embrassé à peu près toutes les sortes de propriété. Les tenures, connues sous le nom de *copyhold*, ont été atteintes par le droit d'aînesse. « Ainsi, comme le dit mon savant maître, M. Cauwès, à tous les degrés, la succession ab intestat, par le moyen du privilège d'aînesse, remet aux mains de l'aîné des héritiers mâles les biens réels, non morcelés formant une masse indivisible. Avec ce caractère absolu, l'aînesse a certainement contribué à donner à l'aristocratie anglaise cette solidité, cette puissance qui a tenu en échec le pouvoir monarchique et jusqu'ici endigué les progrès de la démocratie » (1). L'Angleterre est ainsi restée le pays classique du droit d'aînesse ; et ce droit si absolu est encore complété chaque jour par la pratique du testament.

Ce qui fait la force du droit d'aînesse en Angleterre, et la distingue de l'ancienne France, c'est justement sa diffusion dans toutes les classe de la société. En France, le droit d'aînesse était resté un privilège de la noblesse, tandis que le partage égal régissait les autres classes. Le droit d'aînesse fut emporté avec la noblesse par la révolution. Il n'en est pas ainsi en Angleterre. Le droit d'aînesse s'applique à tous, est réclamé et pratiqué par tous. L'aristocratie peut tomber sans entraîner le droit d'aînesse dans sa chute. Cependant comme il est par

(1) *Grande Encyclopédie*, voir mot Aînesse.

excellence le principe conservateur de la puissance qu'a su acquérir l'aristocratie, ce serait enlever à celle-ci son arme la meilleure que de le supprimer. Ne sera-ce pas là une raison pour le faire disparaître ? L'avenir le dira.

## § II. — L'Allemagne.

La féodalité a également conquis l'Allemagne au Moyen âge, et peu à peu le droit d'aînesse s'y est implanté. Mais il n'y a jamais eu l'organisation rigoureuse que nous avons vue en France et en Angleterre. Les conditions sociales si favorables à son développement qu'ont présentées la France d'abord, l'Angleterre ensuite, ne s'y sont pas retrouvées. Tandis que la France du ix<sup>e</sup> et du x<sup>e</sup> siècle était ravagée par les Normands, par les désordres des seigneurs, par l'anarchie, l'Allemagne vivait dans une paix relative et dans une situation florissante. Les barons Normands qui avaient conquis l'Angleterre se sont trouvés isolés au milieu d'une population hostile, et ont conservé intactes les institutions de leur pays d'origine. Rien de tout cela n'a existé en Allemagne.

Aussi le droit d'aînesse n'y est-il pas encore reconnu au xiii<sup>e</sup> siècle. A cette époque, si un vassal mourait laissant plusieurs fils, ceux-ci choisissaient l'un d'eux et le présentaient au seigneur qui donnait à l'élu de la famille, l'investiture du fief. D'après le code féodal de Nuremberg, le seigneur ne pouvait refuser l'investiture à l'aîné qui avait atteint l'âge légal, si celui-ci était l'élu de la famille, mais il pouvait la refuser aux puînés. C'est là le début du droit d'aînesse en Allemagne. Il n'y eut jamais une énergie bien vive ni une grande force d'expansion.

Le droit d'aînesse a été réservé aux biens nobles, et l'indivisibilité des fiefs d'Empire n'a été qu'une conséquence de leur caractère d'office impérial. Si l'hérédité comprenait plusieurs seigneuries, les fils se les répartissaient, et chacune d'elles

demeurait indivisible. Jamais la totalité de la succession aux biens nobles n'a passé sur une seule tête. Jamais les puînés n'ont été exclus.

Des partages eurent lieu aux <sup>xiv</sup><sup>e</sup> et au <sup>xv</sup><sup>e</sup> siècle, et il fallut que la bulle d'or de 1336 les interdit, quant aux terres des électeurs, en se fondant sur l'unité de la voix électorale.

Nous sommes loin de l'organisation précise et complète que nous avons trouvée en France et en Angleterre. En Allemagne, le droit d'aînesse n'a pas poussé de racines profondes. L'influence de la France l'y a introduit, mais il y a végété. Il n'y est pas une institution solide, entrée dans les mœurs d'un pays, il y est plutôt un accident.

---

# POSITIONS

---

## DROIT ROMAIN

### DANS LA THÈSE

I. — Les actions noxales trouvent leur origine dans le sentiment de la vengeance.

II. — Le *damnum infectum* engendre une obligation à s'obliger.

III. — L'obligation noxale est facultative : l'abandon y est *in obligatione*, l'amende *in facultate solutionis*.

### EN DEHORS DE LA THÈSE

I. — Le mariage romain primitif supposait toujours la *manus*.

II. — Il y a accroissement dans l'exercice de la *querela inofficiosi testamenti*. Il n'y a pas accroissement dans la computation de la légitime.

III. — L'inaliénabilité de la substitution fideicommissaire, n'est autre chose qu'une extension de l'hypothèque des légataires sous Justinien.

IV. — Les débiteurs *correi* jouissaient du bénéfice de cession d'actions.

V. — La *successio in locum* fait acquérir au *solvens* le rang de créancier hypothécaire, mais nullement son hypothèque.

## **DROIT FRANÇAIS**

### **DANS LA THÈSE**

- I. — Le droit d'aînesse existait en Germanie au temps de Tacite.
- II. — La saisine ne s'appliqua d'abord qu'aux biens roturiers.
- III. — Le droit d'aînesse dans les pays Basques, s'est développé en dehors de l'influence anglaise.

### **EN DEHORS DE LA THÈSE**

- I. — La prescription de dix à vingt ans est inapplicable à l'acquisition des servitudes.
- II. — L'article 917 est un texte exceptionnel applicable aux dispositions en usufruit ou rente viagère seulement : Il est étranger aux dispositions en nu-propriété.
- III. — L'article 959 ne s'applique pas aux libéralités faites par contrat de mariage par un conjoint à l'autre.
- IV. — L'action en nullité pour cause de dol, peut être dirigée contre des ayants cause à titre particulier de l'auteur du dol : de ce chef, elle est réelle.
- V. — L'article 1377 ne peut s'appliquer même par analogie à la novation par changement de débiteur.
- VI. — La quantité disponible entre époux, fixée par l'article 1094, est une quotité fixe.

## **DROIT CONSTITUTIONNEL**

- I. — Le Sénat peut rétablir les crédits rejetés par la Chambre des Députés.
- II. — Le pouvoir judiciaire n'est pas une branche du pouvoir exécutif. C'est un pouvoir distinct.

## DROIT DES GENS

Les mers doivent être libres ainsi que les détroits qui les font communiquer.

## SCIENCE FINANCIÈRE

L'impôt sur le revenu ferait double emploi avec les impôts actuellement existants.

*Vu par le Président de la thèse,*

P. CAUWÈS.

*Vu par le Doyen de la Faculté,*

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,*

GRÉARD.

---



# TABLE DES MATIÈRES

---

## DROIT ROMAIN

---

|                                                                                                                      | Pages |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                               | 7     |
| CHAPITRE I. — Du <i>Damnum infectum</i> . . . . .                                                                    | 11    |
| CHAPITRE II. — De la <i>cautio damni infecti</i> . . . . .                                                           | 21    |
| <i>Section I.</i> — Origine de la <i>cautio</i> . . . . .                                                            | 21    |
| <i>Section II.</i> — Ses conditions . . . . .                                                                        | 29    |
| <i>Section III.</i> — Sa date . . . . .                                                                              | 38    |
| CHAPITRE III. — De l'objet de nos trois systèmes de répression . . . .                                               | 41    |
| <i>Section I.</i> — Les actions noxales et la <i>cautio damni infecti</i> . . . .                                    | 41    |
| § I. — Avant la prestation de la <i>cautio</i> . . . . .                                                             | 41    |
| § II. — Après la prestation . . . . .                                                                                | 49    |
| § III. — Justification des deux systèmes . . . . .                                                                   | 50    |
| <i>Section II.</i> — La <i>cautio damni infecti</i> et la loi <i>Aquilia</i> . . . . .                               | 54    |
| <i>Section III.</i> — Les actions noxales et la loi <i>Aquilia</i> . . . . .                                         | 57    |
| CHAPITRE IV. — De leur sanction . . . . .                                                                            | 60    |
| <i>Section I.</i> — Titre de l'usucapion . . . . .                                                                   | 60    |
| <i>Section II.</i> — Protection de cette usucapion . . . . .                                                         | 64    |
| CHAPITRE V. — Des personnes . . . . .                                                                                | 68    |
| <i>Section I.</i> — A qui peut-on demander la <i>cautio</i> , et contre qui agir<br><i>lege Aquilla</i> . . . . .    | 68    |
| <i>Section II.</i> — Qui peut demander la <i>cautio</i> , et qui peut agir <i>lege<br/>        Aquilla</i> . . . . . | 73    |

## DROIT FRANÇAIS

|                                                                                                                                                                                       | Pages |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| BIBLIOGRAPHIE . . . . .                                                                                                                                                               | 77    |
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                                                                                                | 83    |
| CHAPITRE I — Origines du droit d'Aïnesse. — Le droit d'Aïnesse dans les législations anciennes . . . . .                                                                              | 91    |
| <i>Section I.</i> — Les Hébreux . . . . .                                                                                                                                             | 95    |
| <i>Section II.</i> — Les Hindous . . . . .                                                                                                                                            | 99    |
| § I. — La famille et la communauté de famille. . . . .                                                                                                                                | 99    |
| § II. — Le culte des ancêtres . . . . .                                                                                                                                               | 107   |
| <i>Section III.</i> — La Grèce et Rome . . . . .                                                                                                                                      | 111   |
| <i>Section IV.</i> — La Germanie . . . . .                                                                                                                                            | 114   |
| § I. — La famille et la société chez les Germains. . . . .                                                                                                                            | 115   |
| § II. — La propriété foncière. . . . .                                                                                                                                                | 119   |
| § III. — Le droit d'aïnesse. . . . .                                                                                                                                                  | 129   |
| <i>Section V.</i> — L'Irlande . . . . .                                                                                                                                               | 138   |
| CHAPITRE II. — Formation du droit d'aïnesse . . . . .                                                                                                                                 | 142   |
| <i>Section I.</i> — Apparition du droit . . . . .                                                                                                                                     | 142   |
| § I. — Établissement des Francs en Gaule. — Naissance de la féodalité . . . . .                                                                                                       | 145   |
| § II. — État social de la France aux ix <sup>e</sup> et x <sup>e</sup> siècles . . . . .                                                                                              | 150   |
| § III. — Le droit d'aïnesse apparaît comme loi de succession au commandement du fief, association des guerriers. Indivisibilité du fief. . . . .                                      | 156   |
| <i>Section II.</i> — Le droit d'aïnesse est général au xi <sup>e</sup> siècle. — Assises de Jérusalem. — Établissements de Normandie. — Assise de Geffroy comte de Bretagne . . . . . | 163   |
| <i>Section III.</i> — Transformation du droit d'aïnesse . . . . .                                                                                                                     | 182   |
| § I. — Aux xii <sup>e</sup> et xiii <sup>e</sup> siècles le fief est devenu bien patrimonial. — Le droit d'aïnesse est la loi de succession aux biens de la famille . . . . .         | 183   |
| § II. — Le parage. — Droits respectifs des aparageurs et du chef parageur. — Ordonnance de 1209. . . . .                                                                              | 185   |
| § III. — Développement de l'idée de famille. — Le droit d'aïnesse prend un caractère nettement précipitaire. . . . .                                                                  | 195   |
| <i>Section IV.</i> — Le droit d'aïnesse dans les coutumes. . . . .                                                                                                                    | 198   |
| § I. — Nature des droits qu'il confère. . . . .                                                                                                                                       | 199   |
| § II. — Ses diverses formes dans les principales coutumes . . . . .                                                                                                                   | 204   |
| § III. — Le droit d'aïnesse entre sœurs . . . . .                                                                                                                                     | 206   |
| § IV. — Le droit d'aïnesse en ligne collatérale. . . . .                                                                                                                              | 209   |
| § V. — La représentation . . . . .                                                                                                                                                    | 211   |

|                                                                       | Pages |
|-----------------------------------------------------------------------|-------|
| CHAPITRE III. — Le droit d'aînesse en dehors de la France coutumière. | 220   |
| <i>Section I.</i> — Dans le Midi . . . . .                            | 220   |
| § I. — En Languedoc. . . . .                                          | 220   |
| § II. — Dans la région pyrénéenne . . . . .                           | 226   |
| <i>Section II.</i> — A l'étranger . . . . .                           | 229   |
| § I. — En Angleterre. . . . .                                         | 229   |
| § II. — En Allemagne. . . . .                                         | 233   |
| POSITIONS . . . . .                                                   | 235   |











